

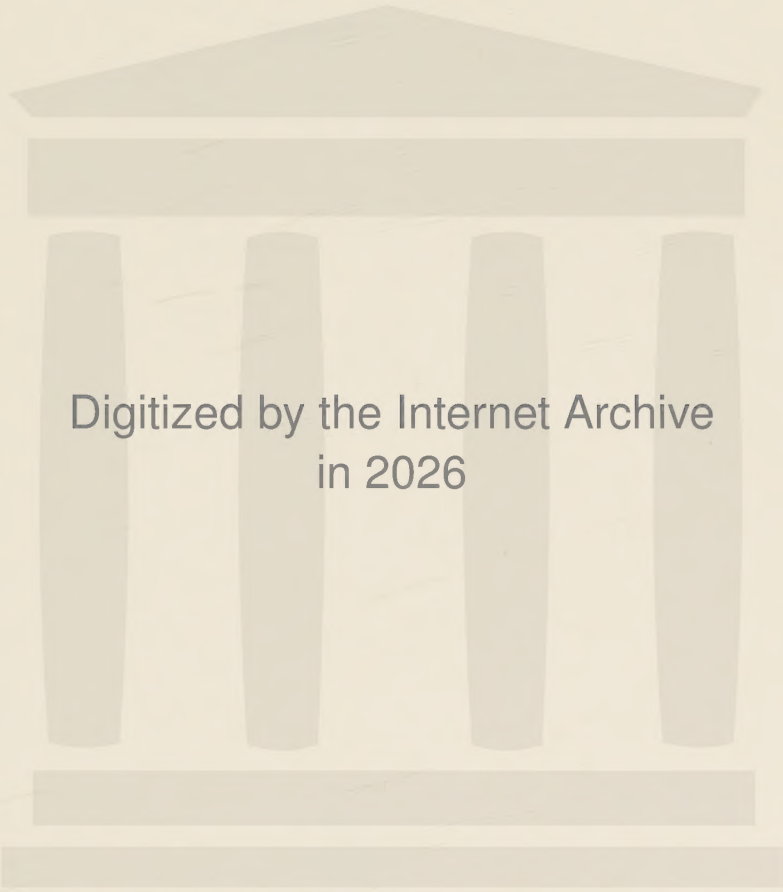
MÜNCHENER UNIVERSITÄTSSCHRIFTEN

Reihe der Juristischen Fakultät · Band 47

GERHARD HASSOLD

**Zur Leistung
im Dreipersonenverhältnis**

**C.H.BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1981**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Münchener Universitätsschriften

Reihe der Juristischen Fakultät

Herausgegeben

im Auftrag der Juristischen Fakultät

von

Peter Lerche, Werner Lorenz, Claus Roxin

Band 47

Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis

– Anweisung und Vertrag zugunsten Dritter als Modell –

von

GERHARD HASSOLD



C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1981



CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Hassold, Gerhard:

Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis:

Anweisung u. Vertrag zugunsten Dritter als Modell /
von Gerhard Hassold. – München: Beck, 1981.

(Münchener Universitätsschriften: Reihe d. Jurist. Fak.;
Bd. 47)

ISBN 3 406 08147 9

NE: Universität (München): Münchener Universitäts-
schriften / Reihe der Juristischen Fakultät

ISBN 3 406 08147 9

© 1991 C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck) München
Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität München
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft
Satz und Druck der C. H. Beck'schen Buchdruckerei, Nördlingen

Meiner lieben Frau

Vorwort

Die vorliegende Arbeit sucht die Theorie des Dreipersonenverhältnisses aus ihrer Isolierung im Bereicherungsrecht herauszuführen. Sie bezieht alle wesentlichen Leistungsfolgen ein: Erfüllung, Gewährleistung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung und die Rückabwicklung nach §§ 346 ff., 812 ff. BGB oder Anfechtungsrecht. Die vorgeschlagene Lösung beruht auf der Einsicht, daß die Parteien der Anweisungsleistung nicht anders stehen wollen, als wenn in einer ausgeführten Kette der Angewiesene dem Anweisenden, dieser dem Empfänger zugewendet hätte. Nach der hier vertretenen Auffassung *bewirkt* die Anweisungsleistung eine solche Leistungskette. Die Anweisung ermächtigt den Angewiesenen zur Zuwendung an den Empfänger mit Wirkung gegenüber dem Anweisenden ähnlich einer doppelten Vollmacht zur Zuwendung an den Anweisenden durch In-sich-Geschäft und anschließenden Weiterveräußerung im Namen des Anweisenden an den Empfänger. Die hier vorgetragene Theorie der Leistung im Dreipersonenverhältnis wird daher einerseits von der Annahme eines dinglichen Durchgangserwerbs des Anweisenden, andererseits von einer Analogie zum Recht der Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) bestimmt.

Die Arbeit hat im Juli 1979 der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift vorgelegen. Bei ihrem Abschluß gilt mein Dank vor allem meinen akademischen Lehrern. Herr Prof. Dr. Karl *Larenz* war mir ein Habilitationsvater im guten, alten Sinn. Herrn Prof. Dr. Werner *Rother* verdanke ich eine schöne, lehrreiche Assistentenzeit. Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Karl Heinz *Schwab*, der seit meiner Assistentenzeit bei ihm steten Anteil an meiner Arbeit und meinem Ergehen nahm. Dank schulde ich ferner Herrn Prof. Dr. Werner *Lorenz* für seine konstruktive Kritik. Den Herausgebern, dem Verlag und der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die die Veröffentlichung ermöglicht haben, bin ich verpflichtet.

München, im März 1980

Gerhard Hassold

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einführung	XIX

Erster Teil. Grundlagen

§ 1: Die Verbindung von Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis	1
I. Rechtliche Struktur	1
II. Wirtschaftlicher Sinn	2
§ 2: Zum Leistungsbegriff	3
I. Leistungsbegriff und „mittelbare Leistung“	3
II. Die Leistung als Anspruchsvoraussetzung	4
1. Der Leistungsbegriff des Bereicherungsrechts	4
2. Der Leistungsbegriff der Erfüllungslehre	6
3. Der Leistungsbegriff des Rücktrittsrechts	9
4. Die Leistung als Voraussetzung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung ..	9
5. Leistungsbegriff und Gläubigeranfechtung	10
6. Zusammenfassung	12
III. Die Zweckbestimmung	12
1. Die Rechtsnatur der Tilgungsbestimmung	13
2. Tilgungsbestimmung und „Leistungsverhältnis“	15

Zweiter Teil. Die Anweisung

§ 3: Der Begriff der Anweisung	17
I. Die Anweisung als Ermächtigung	17
1. Die Ermächtigung des Angewiesenen	17
2. Die Ermächtigung des Empfängers	19
3. Die Anweisung als Rechtsgeschäft	21
II. Andere Charakteristika der Anweisung	22
1. Die Anweisung als Aufforderung zur Leistung	22
2. Die Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis	23
III. Die Leistung „für fremde Rechnung“	24
1. Die herrschende Meinung	24
2. Die eigene Ansicht (Durchgangstheorie)	25
a) Tatbestand und Rechtsfolge	25
b) Anweisungsleistung und Vertretergeschäft	26
3. Anweisungsleistung und Zuwendungskette	27
4. Anweisung und mittelbare Leistung	29
IV. Arten der Anweisung	32

§ 4: Die Kondiktion der Anweisungsleistung	35
I. Grundlagen der Leistungskondiktion	35
II. Mängel des Deckungsverhältnisses oder des Valutaverhältnisses	38
1. Die herrschende Meinung	38
a) Die gegebenen Bereicherungsansprüche	38
b) Die dieser Lösung zugrunde liegenden Wertungen	40
aa) Die Unabhängigkeit der Leistung von dem Leistungsempfänger fremden Rechtsverhältnissen	40
bb) Die Durchsetzung der Leistungskondiktion und die Verteidigung gegen sie 41 · α) Das Interesse des Kondiktionsgläubigers 41 · β) Das Interesse des Konditionsschuldners 44 · γ) Die nicht gegenseitige Abwicklung 44	
c) Objektive Gesichtspunkte für eine gerechte Risikoverteilung	47
aa) Die Ablehnung der Versionsklage	47
bb) Das Abstraktionsprinzip	48
cc) Die Relativität des Schuldverhältnisses	49
d) Leistungskondiktion und Parteiautonomie	50
aa) Rechtsgeschäft und objektives Recht	50
bb) Die Auslegung des Leistungsgeschäfts	51
cc) Die Risikoübernahme 53 · α) Die Risiken 53 · β) Entstehung und Übernahme der Risiken 54	
e) Die Konstruktion der Leistungskondiktion bei der Anweisungsleistung ..	56
aa) Die ältere Lehre	57
bb) Die moderne Lehre	58
cc) Immanente Kritik	60
2. Die Durchgangstheorie	62
a) Die Durchgangstheorie im klassischen römischen Recht	62
b) Exkurs: Der Durchgangserwerb im geltenden Recht	63
aa) Der Anwendungsbereich	63
bb) Die rechtliche Konstruktion	64
cc) Die Rechtsfolgen	65
c) Der Durchgangserwerb des Anweisenden	69
d) Vorläufige Rechtfertigung der Durchgangstheorie	72
aa) Die Vereinbarkeit der Durchgangstheorie mit dem geltenden Recht 72 · α) Die Übereignung von beweglichen Sachen 73 · β) Die Übereignung von Grundstücken 74	
bb) Einwände gegen die Durchgangstheorie 75 · α) Der „Geheißerwerb“ 75 · β) Die Entstehung von Zwischenrechten 76 · γ) Die „Lebensfremdheit“ des Durchgangserwerbs 77	
cc) Vorzüge der Durchgangstheorie	77
III. Der Doppelmangel der Kausalverhältnisse	79
1. Mögliche Lösungen	79
2. Begründungen	81
a) Durchgriffskondiktion oder Doppelkondiktion	81
aa) Die Bereicherung des Anweisenden	81
bb) Durchgriffskondiktion und Parteiinteresse	83
cc) Die Analogie zu §§ 816 I 2, 822	85
dd) Die Parallele zu §§ 346 ff.	86
ee) Zusammenfassung	87
b) Der Inhalt der Kondiktion des Angewiesenen	87
aa) Die herrschende Meinung	87

bb) Die Lehre H. P. Westermanns	88
cc) Die Lehre Köndgens	91
dd) Die Lehre Wilhelms	93
ee) Die eigene Ansicht: Durchgangstheorie	95
IV. Die Anwendung des § 822	97
§ 5: Das Nichtzustandekommen der Anweisungsleistung	98
I. Ansatzpunkte für Mängel der Anweisungsleistung	98
II. Unwirksamkeit der Zuwendungen	99
III. Handeln des Angewiesenen „für eigene Rechnung“	99
IV. Mängel der Anweisung	101
1. Die Behandlung des Problems in Rechtsprechung und Literatur	104
a) Die Argumentationsbasis	104
b) Die Zurechnung der Anweisungsleistung	105
aa) Argumente für eine Zurechnung an den „Anweisenden“ 105 · α) Das Fehlen der Anweisung als Mangel des Deckungsverhältnisses 105 · β) Der Sphärengedanke 106 · γ) Das Veranlassungsprinzip 107 · δ) Das institutionelle Argument 109 · ε) Die allgemeinen Grundsätze der Vertrauenshaftung 110 · ζ) Die optimale Risikoverteilung 111	
bb) Argumente gegen einen positiven Vertrauensschutz 112 · α) Die Anweisungswirkung als Geschäftsgrundlage oder causa der Zuwendung 112 · β) Die Anweisung als Interessenverzicht 116 · γ) Die mangelnde Schutzwürdigkeit des Empfängers 117 · δ) Der Schutz des Entreicherten 118 · ε) Die Zurechnung des Vertrauenstatbestandes 120 · ζ) Der Vertrauensschutz durch § 818 III als gesetzliche Regel 121 · η) Der Gedanke der „unmittelbaren Vermögens- und Wertverfolgung“ 121	
c) Eingeschränkter Vertrauensschutz	122
aa) Die Leistung des „Angewiesenen“ als Drittleistung nach § 267	122
bb) Der Vertrauensschutz nach § 818 III	126
2. Die Rechtsfolgen des Mangels der Anweisung aufgrund einer Analogie zum Recht der Stellvertretung (§§ 170 ff.)	131
a) Die Entsprechung der Fehlertatbestände	132
b) Der interne Widerruf der extern erteilten Anweisung (analog § 170)	132
c) Der Widerruf nach Kundgabe der Anweisung (analog § 171)	138
d) Die Vorlegung einer Anweisungsurkunde (analog § 172)	139
e) Die Analogie zur Duldungsvollmacht	140
f) Die Analogie zur Anscheinsvollmacht	141
g) Die Anweisung des Geschäftsunfähigen und des beschränkt Geschäftsfähigen	141
h) Die Fälschung der Anweisung	143
i) Das Abhandenkommen der Anweisungsurkunde	143
j) Die Anweisung im Konkurs des Anweisenden	144
aa) Die vor Konkurseröffnung erteilte Anweisung 144 · α) Der Fall des § 8 I KO 145 · β) Der Fall des § 8 II, III KO 146	
bb) Die im Konkurs erklärte Anweisung	147
k) Die Rechtsfolgen des Fehlens einer wirksamen Anweisung (analog §§ 177 ff.)	147
aa) Die analoge Anwendung der §§ 177, 178	148
bb) Die analoge Anwendung des § 179	149
cc) Die „Überschreitung“ der Anweisung	154
V. Die sogenannten Irrtumsfälle	154

1. Zur Abgrenzung des Problems	154
2. Der Stand der Diskussion	156
3. Das Regelungsproblem	158
4. Die Lösung der Irrtumsfälle	158
a) Der Ansatz	158
aa) Der Schein einer Anweisungsleistung	158
bb) Die Bestimmung des Leistungsverhältnisses durch Auslegung des Zuwendungsge­schäfts	159
b) Die Auslegung der empfangsbedürftigen Willenserklärung	163
aa) Innerer Wille oder äußerer Erklärungstatbestand	163
bb) Die Grundsätze für die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen	164
cc) Vorläufige Folgerungen aus diesen Auslegungsgrundsätzen	165
dd) Die Lehre von der Maßgeblichkeit des „Empfängerhorizonts“	165
ee) Die Maßgeblichkeit des Horizonts des Leistenden	173
ff) Die Sphärenzurechnung	174
c) Die eigene Lösung	176
§ 6: Probleme der Giroüberweisung	177
I. Grundlagen	178
II. Zur Kondiktion der Gutschriftforderung	178
1. Die Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse	178
2. Die Kondiktion bei „mittelbaren Mängeln“ des Überweisungsauftrags	181
III. Die Überweisung im Konkurs	182
IV. Die Kondiktion bei Anfechtung oder Widerruf des Überweisungsauftrags	183
1. Argumente für eine Durchgriffskondiktion	184
2. Die Haftung des Auftraggebers analog §§ 171, 172	185
V. Mängel der Geschäftsfähigkeit des Kunden	187
§ 7: Die Bedeutung der Anweisungsleistung über das Bereicherungsrecht hinaus	189
I. Dingliche Rechtsfolgen der Anweisungsleistung	189
1. Das völlige Scheitern der Zuwendungskette	189
2. Die unvollständige Anweisungswirkung	189
II. Die Erfüllung von Ansprüchen	191
III. Die Begründung vertraglicher Ansprüche des Anweisenden gegen den Empfänger	192
1. Rückgewähransprüche	192
2. Die Begründung von Gegenleistungsansprüchen	193
IV. Der Rücktritt	193
V. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326	195
VI. Die Mängelgewährleistung	196
1. Die Mängelgewährleistung als Problem der Leistung im Dreipersonenverhältnis	196
2. Gewährleistungsrechte des Empfängers gegenüber dem Angewiesenen	198
3. Die Gewährleistung innerhalb der Kausalverhältnisse	199
a) Ansprüche auf Nachbesserung oder Mängelbeseitigung (§§ 476 a, 536, 633 II)	199
b) Die Wandelung (§§ 462 ff., 634)	200
c) Die Minderung (§§ 462, 634)	200
d) Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§§ 463, 635)	201

VII. Die Gläubigeranfechtung aufgrund der Anweisungsleistung	203
1. Überblick über Rechtsprechung und Literatur	203
2. Die herrschende Meinung zur Anfechtung der Anweisungsleistung	204
a) Die Anweisung auf Schuld	204
b) Die Anweisungsleistung ohne einen Anspruch des Anweisenden (Schuldners) auf die Leistung	207
3. Kritik der herrschenden Meinung	210
a) Die „wirtschaftliche Betrachtung“	210
b) Die Analogie zur Zuwendungskette	213
c) Die Analogie zur strafrechtlichen mittelbaren Täterschaft	214
d) Die Anfechtung der Gläubiger des Angewiesenen gegen den Anweisenden	214
e) Der Inhalt des Anfechtungsanspruchs	215
4. Die eigene Ansicht: Durchgangstheorie	216
 § 8: Die angenommene Anweisung	220
I. Die Verpflichtung des Angewiesenen aus der Annahme	220
II. Die Einräumung der Akzeptforderung als Leistung	221
1. Die Kondition der Akzeptforderung	221
2. Sonstige Folgen der Zuwendung der Akzeptforderung	222
III. Die erbrachte Anweisungsleistung	222
1. Die Kondition der Anweisungsleistung	222
a) Die herrschende Meinung	222
b) Die Kritiker der herrschenden Meinung	226
c) Die eigene Ansicht: Durchgangstheorie	227
2. Die Bereicherungseinrede gegen die Akzeptforderung	228
3. Sonstige Leistungsfolgen	229
 § 9: Neuere Deutungen der Anweisungsleistung	229
I. Die Lehre <i>Kaehlers</i>	229
II. Die Konzeption von <i>Canaris</i>	232
III. Die Auffassung von <i>Wilhelm</i>	234
IV. <i>Kupischs</i> Theorie	236
V. Die Lehre <i>Pingers</i>	238
 Dritter Teil. Der Vertrag zugunsten Dritter	
 § 10: Grundlagen	241
I. Anweisung und Vertrag zugunsten Dritter	241
II. Zur Terminologie	242
 § 11: Der einfache Vertrag zugunsten Dritter	244
I. Der Bereicherungsausgleich	244
II. Sonstige Leistungsfolgen	245
 § 12: Der berechtigende Vertrag zugunsten Dritter	246
I. Die Berechtigung des Versprechensempfängers und des Dritten	246
II. Der Rechtserwerb des Dritten nach § 328	249

1. Der Wortlaut des Gesetzes und die Materialien	249
2. Der dogmatische Rahmen der Auslegung	252
a) Die Lehre vom Rechtserwerb	252
b) Begriff und Wesen des Vertrags zugunsten Dritter	254
c) Die Institutionengeschichte	254
3. Die Systematik des Gesetzes	255
4. Die Gleichbehandlung von anfänglicher und nachträglicher Begünstigung ..	255
5. Objektive Wertungen	256
6. Die Zessionsähnlichkeit des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter	259
7. Die Bindung an eine ständige Rechtsprechung	260
8. Die Privatautonomie	261
9. Der Dritte als Rechtsnachfolger des Versprechensempfängers	262
a) Die entsprechende Anwendung des § 401	262
b) Die Rechtsnachfolge im Tatbestand des § 2 IV ArbGG	262
c) Die Rechtskrafterstreckung nach § 325 ZPO	263
d) Die Rechtsnachfolge im Sinne des § 239 ZPO	263
10. Zusammenfassung	264
III. Die Begünstigung des Dritten als Zuwendung	266
1. Die Erfüllung	266
2. Der Bereicherungsausgleich	266
3. Die Rückabwicklung nach §§ 346 ff.	267
4. Die Gläubiger- und Konkursanfechtung	267
IV. Die Leistung des Versprechenden	268
1. Die Erfüllung	268
2. Der Bereicherungsausgleich	269
a) Der Meinungsstand	269
b) Der Mangel des Deckungsverhältnisses	271
aa) Das Wahlrecht des Versprechenden	271
bb) Argumente für eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Drit-	
ten	274
cc) Argumente für eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Ver-	
sprechensempfänger	280
dd) Die typologische Unterscheidung zwischen „Abkürzungsvertrag“	
und „Versorgungsvertrag“	288
ee) Zusammenfassung und Wertung	293
ff) Sonderfälle 295 · α) Das Valutaverhältnis erschöpft sich in der	
Forderungszuwendung an den Dritten 295 · β) Der Dritte ist allein	
forderungsberechtigt 296 · γ) Die Anwendung des § 822 298 · δ) Der	
subsidiäre Durchgriff gegen den Dritten 299	
c) Die Unwirksamkeit des Vollzugsverhältnisses	300
d) Weitere Fragen der Kondiktion	301
3. Sonstige Leistungsfolgen	301
a) Die Einheitlichkeit der Leistungsfolgen	301
b) Der Rücktritt des Versprechensempfängers	302
c) Die Gläubiger- und Konkursanfechtung	304
aa) 1500 Mark-Vertrag und Lebensversicherungsvertrag zugunsten Drit-	
ter	305
bb) Die Anfechtung gegen den Dritten	308
cc) Die Anfechtung der Gläubiger des Versprechenden gegen den Ver-	
sprechensempfänger	312
dd) Die allgemeine Anwendbarkeit der Theorie <i>Oertmanns</i>	314
ee) Gegenüberstellung mit der herrschenden Meinung	315

Vierter Teil. Zusammenfassung

§ 13: Ansatz und Ergebnisse der Untersuchung	319
I. Der Ansatz	319
1. Der Leistungsbegriff	319
2. Anweisung und Anweisungsleistung	319
II. Ergebnisse	320
Zu § 4: Die Kondiktion der Anweisungsleistung	320
1. Grundlagen	320
2. Die Kondiktion im einzelnen	321
Zu § 5: Das Nichtzustandekommen der Anweisungsleistung	321
1. Der Mangel der Anweisung	321
2. Rechtsfolgen des Mangels	322
3. Der Vertrauensschutz für den Empfänger	322
4. Sonderfälle	323
a) Die Anweisung des beschränkt Geschäftsfähigen	323
b) Die Anweisung im Konkurs	323
5. Die Irrtumsfälle	324
Zu § 6: Probleme der Giroüberweisung	324
Zu § 7: Die Bedeutung der Anweisungsleistung über das Bereicherungsrecht hinaus	324
1. Dingliche Rechtsfolgen der Anweisungsleistung	324
2. Die Erfüllung	325
3. Der Rücktritt	325
4. Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326	325
5. Die Mängelgewährleistung	325
6. Die Gläubigeranfechtung	326
Zu § 8: Die angenommene Anweisung	326
Zu § 11: Der einfache (ermächtigende) Vertrag zugunsten Dritter	327
Zu § 12: Der berechtigende Vertrag zugunsten Dritter	327
1. Der Rechtserwerb des Dritten	327
2. Die Leistung des Versprechenden zur Erfüllung des Anspruchs aus § 328	328
a) Der Bereicherungsausgleich	328
b) Rücktritt und Wandelung	328
c) Die Gläubiger- und Konkursanfechtung	328
d) Zur Abgrenzung: die atypische mittelbare Zuwendung	329
III. Zusammenfassung	330
Literaturverzeichnis	331
Sachverzeichnis	341

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AllgÖsterrGerZ	Allgemeine Österreichische Rechts- und Gerichtszeitschrift
ArbRspr	Rechtsprechung in Arbeitssachen
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
BankA	Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen
Bull.	Bullettino dell' Istituto di diritto romano (Rom, seit 1940 Mailand)
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DR	Deutsches Recht
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr. von Gruchot
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
HRR	Höchsttrichterliche Rechtsprechung
JhJ	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
Mél.	Mélanges
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch
Recht	Das Recht
RuW	Recht und Wirtschaft
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SZ (Rom.)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)
VersR	Versicherungsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZVW	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Im übrigen wird auf das Abkürzungsverzeichnis des Kommentars von *Palandt* zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 39. Aufl., München 1980, S. XXI ff., verwiesen.

Einführung

Den Anstoß zu der Untersuchung gab *Canaris'* Beitrag in der Festschrift für *Larenz* über den „Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis“.¹ Er stellte die erstarrte „moderne Bereicherungslehre“ radikal in Frage und setzte ihr ein konsequent teleologisch begründetes „bewegliches System“ der Leistungskondiktion entgegen. Daß auch diese Konzeption keinen Schluß der Debatte bedeutete, haben die seither erschienenen Arbeiten gezeigt. Aber von Anfang an drängten sich Fragen auf: Mit welchem Recht darf die von *Canaris* unabhängig vom Leistungsbe-griff bestimmte Kondiktion noch Leistungskondiktion genannt werden? Ist sie jedoch, wie er selbst voraussetzt, eine Leistungskondiktion, müßte sich dann nicht auch seine Lehre in einen Leistungsbegriff zusammenfassen lassen? Kann man mit der herrschenden Bereicherungstheorie brechen, ohne anerkannte Wertungen preis-zugeben, wenn Konstruktion nur das formale Gewand der Wertung ist? Es erschien als fruchtbarer Ansatz, nach einer Synthese zwischen *Canaris'* Lehre und der herrschenden Bereicherungstheorie zu suchen.

Daneben bestimmte ein zweiter Gedanke die Richtung der Arbeit. Das Bereiche-rungsrecht wurzelt durch die Zuwendung, die nach dem herrschenden Leistungsbe-griff Grundlage jeder Leistung ist, im dinglichen Recht der Güterzuordnung und Zuordnungsänderung. Die Bereicherungstheorie betont, vor allem beim Dreiperso-nenverhältnis, daß die Leistung nicht an die Zuwendung gebunden ist. Sie geht als selbstverständlich davon aus, daß die dem Bereicherungsrecht zugrunde liegenden Wertungen diese Selbständigkeit erfordern. Im Regelfall der Leistung, beim Zwei-personenverhältnis, hingegen besteht eine Wertungsharmonie und konstruktive Übereinstimmung zwischen dinglichem Recht und Leistungskondiktion. Dort ist stets der Zuwendende auch Leistender, der Zuwendungsempfänger auch Lei-stungsempfänger. Warum konnte es nicht auch eine Theorie des Dreipersonenver-hältnisses geben, in der dingliches Recht und Leistungskondiktion übereinstimm-ten? Sollte aber, vereinfacht gesagt, die dingliche Struktur der Zuwendung an die Bedürfnisse der Leistungskondiktion angepaßt werden, so mußten auch die übrigen rechtlichen Funktionen der Zuwendung berücksichtigt werden: die Lehre vom Rechtserwerb; Erfüllung, Mängelgewährleistung, Schadensersatz wegen Nichterfül-lung, vertragliche Rückgewähransprüche (z.B. § 607 I²) Rückabwicklung nach §§ 346 ff., 812 ff.; Anfechtung nach AnfG und KO; beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall auch das Dreipersonenverhältnis der §§ 2315, 2325 ff., 2287, 2288 II 2. Konnten für alle diese „Dimensionen“ der Leistung im Dreipersonenverhältnis übereinstimmende Parteiinteressen und gesetzliche Wertungen festgestellt werden,

¹ Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 799 ff.

² Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

so wurde eine allgemeine Leistungstheorie möglich und notwendig. Die „Durchgangstheorie“ ist diese Theorie. Sie ist zugleich die umfassendste und die einfachste der vertretenen Leistungstheorien.

Die Weite der Untersuchung machte auf der anderen Seite Beschränkungen erforderlich. Aus den Fällen des Dreipersonenverhältnisses wurden ausgewählt: Anweisung und angenommene Anweisung, einfacher und berechtigender Vertrag zugunsten Dritter. Diesen Fällen liegt eine gemeinsame Struktur der Schuldverhältnisse und Leistungen zugrunde: Das Deckungsverhältnis (Anweisung, Vertrag zugunsten Dritter) veranlaßt den Schuldner zur Zuwendung an einen „Dritten“. Im Valutaverhältnis kann der Gläubiger das Geschuldete von einem „Dritten“ empfangen. Der Inhalt der Leistungspflicht im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis stimmt überein. So wendet der Deckungsschuldner dem Valutagläubiger das Geschuldete zu. Zwischen ihnen besteht in dem vom Gesetz angenommenen Normalfall keine schuldrechtliche Beziehung. Kann jedoch der Valutagläubiger vom Deckungsschuldner die Zuwendung fordern, so beruht sein Anspruch entweder auf einem Vertrag zwischen ihnen (Annahme der Anweisung) oder er entstammt dem Deckungsverhältnis (berechtigender Vertrag zugunsten Dritter). Es ist wahrscheinlich, daß die in diesem Bereich auftretenden Leistungsformen auch für andere Fälle des Dreipersonenverhältnisses oder allgemein für die Leistung im Dreipersonenverhältnis typisch sind. Die Leistung auf Anweisung und aufgrund Vertrags zugunsten Dritter erschließt modellhaft Formen der Leistung im Dreipersonenverhältnis, insbesondere die Alternative einer Leistung des Angewiesenen „für Rechnung“ des Anweisenden, des Versprechenden „für Rechnung“ des Versprechensempfängers und einer Leistung des Angewiesenen oder Versprechenden „für eigene Rechnung“. Wie weit (allein) mit Hilfe dieser Konstruktion auch die Leistungsprobleme der übrigen Dreipersonenverhältnisse zu lösen sind, muß offen bleiben. Die vorliegende Arbeit ist auch als Vorstudie für weitere Untersuchungen gedacht.

Erster Teil. Grundlagen

§ 1: Die Verbindung von Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis

I. Rechtliche Struktur

Deckungs- und Valutaverhältnis sind Schuldverhältnisse, die eine Kette bilden. Sie stehen dadurch „in Personalunion“, daß der Anweisende – um von den Anweisungsfällen auszugehen – an beiden beteiligt ist. Der Leistungsgegenstand, den der Anweisende im Deckungsverhältnis zu fordern hat und den er dem Empfänger im Valutaverhältnis schuldet, ist derselbe. Deckungs- und Valutaverhältnis sind Zweipersonenverhältnisse, sind, soweit sie entgeltlich sind, auf einen gegenseitigen Leistungsaustausch hin angelegt. Die schuldrechtliche Kette aus Deckungs- und Valutaverhältnis steht damit im Gegensatz zu echten „Dreiecksverhältnissen“ wie dem „Ringtausch“,¹ bei dem ein Leistungsaustausch dadurch zustande kommt, daß A an B, B an C und dieser wiederum an A leistet. Auch bei der Verbindung von Deckungs- und Valutaverhältnis wird jedoch der Leistungsgegenstand nicht vom Angewiesenen dem Anweisenden zugewendet und von diesem an den Empfänger weitergegeben, sondern es findet eine „abgekürzte Leistung“ statt. Das „Leistungsgeschäft“ hinsichtlich des Gegenstandes wird zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger vollzogen, der Leistungsgegenstand geht „körperlich“ vom Angewiesenen unmittelbar auf den Empfänger über. Dieser Vorgang kann rechtlich entweder eine direkte Leistung zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger oder eine vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger führende Leistungskette bewirken.

Es ist gleichgültig, ob der Anweisende das Deckungsverhältnis *nach* dem Valutaverhältnis abschließt (z. B. der Einzelhändler einen Deckungskauf beim Großhändler nach dem Verkauf an den Kunden) oder *vor* dem Valutaverhältnis (Vorratskauf zur Weiterveräußerung). Möglich ist auch, daß zunächst der Angewiesene und der Empfänger in Kontakt kommen:² Der Empfänger bittet z. B. den Angewiesenen um ein Darlehn. Doch vertraut der Angewiesene dem Empfänger nicht, wohl aber dem Anweisenden, der seinerseits bereit wäre, dem Empfänger ein Darlehn zu geben, aus eigenen Mitteln dazu jedoch nicht imstande ist. Man schließt also zwei Darlehnsverträge (zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden einerseits, dem Anweisenden und dem Empfänger andererseits) und der Angewiesene zahlt die Summe „für Rechnung“ des Anweisenden an den Empfänger aus.

¹ Vgl. Pfister JZ 71, 284; Larenz SchR I § 15 II (S. 171).

² Vgl. Mantzoufas, S. 26.

II. Wirtschaftlicher Sinn

Der Sinn der Verbindung von Deckungs- und Valutaverhältnis mit abgekürzter Leistung liegt betriebswirtschaftlich in der Rationalisierung des Leistungsvorgangs.³ In dem praktisch häufigsten und wirtschaftlich bedeutendsten Fall der Giroüberweisung gestattet sie die Zuwendung von Buchgeld statt Barzahlung, erspart damit die Auszahlung der angewiesenen Summe an den Überweisenden (Bankkunden) und ihre Weitergabe an den Empfänger.⁴ Diese Abkürzung des Transportwegs der Leistung und die damit verbundene Kostenersparnis und Verminderung der Transportrisiken (Beschädigung, Diebstahl usw.)⁵ spielt auch in den anderen Fällen eine Rolle, in denen die abgekürzte Leistung aufgrund Anweisung oder Vertrags zugunsten Dritter üblich ist: dem „Streckengeschäft“ oder „Unter-Kunden-Geschäft“.⁶ Vielfach fungieren Handwerker (z. B. Möbelschreiner, Elektromechaniker, Fliesenleger) zugleich als Einzelhändler, ohne jedoch ein Lager mit hinreichendem Sortiment halten zu können. Sie erfüllen daher ihre Lieferverpflichtungen durch Kauf beim Großhändler und Anweisung direkter Leistung an den Kunden („Unter-Kunden-Geschäft“). Ähnlich gestaltet sich das Verhältnis zwischen dem Endabnehmer, Händler und Hersteller (Erzeuger) beim „Streckengeschäft“ z. B. im Stahl-, Getreide-, Futtermittel-, Holz- und Maschinenhandel. Hier ist neben der Transportfunktion (Beschaffungstransport, Absatztransport) maßgebend, daß der (Einzel-)Händler die betriebswirtschaftliche Lagerhaltungs- und Sortimentsfunktion auf den Großhändler oder Hersteller überträgt. Grund dafür ist einmal die Frage geeigneten Lagerraumes und der Lagerkosten, zum anderen die Kapitalschwäche etwa der als Einzelhändler tätigen Handwerker, die es ihnen – zumal bei geringer Umsatzgeschwindigkeit – nicht erlaubt, durch Haltung eines Warenlagers Kapital zu binden.⁷ Hinzu kommt ihr Interesse an der Vermeidung des Lagerrisikos (des Preis-, Qualitäts-, Mode-, Verderbs- und Diebstahlsrisikos).⁸ Obwohl diese Funktionsverlagerung auf den Großhandel oder Hersteller durch erhöhte Einkaufspreise für den (Einzel-)Händler, letztlich also mit einer Minderung seiner Verdienstspanne bezahlt werden muß, bedeutet sie in der Regel für ihn eine Kostenersparnis (Rationalisierung), ja sie ist oft für ihn die unabdingbare Voraussetzung einer Betätigung als Einzelhändler.

³ Falk/Wolf, Handelsbetriebslehre, S. 46.

⁴ Vgl. Motive II, 557; Esser/Weyers SchR II § 43 I 1 c (S. 334).

⁵ RGRK (R. Weber)¹² § 362 Rn. 43; Esser/Weyers SchR II § 43 I 1 a (S. 333); Riehl, S. 35; Mantzoufas, S. 26.

⁶ Die folgenden Ausführungen beruhen im wesentlichen auf einer Auskunft der Industri- und Handelskammer für Oberbayern in München. Vgl. auch Falk/Wolf, Handelsbetriebslehre, S. 45 ff.

⁷ Falk/Wolf, Handelsbetriebslehre, S. 109.

⁸ Falk/Wolf aaO.

§ 2: Zum Leistungsbegriff

I. Leistungsbegriff und „mittelbare Leistung“

Das Problem der Leistung im Dreipersonenverhältnis läßt sich vereinfachend in die Frage zusammenfassen, ob und in welchem Sinn „mittelbare Leistungen“ anzunehmen sind. Dabei kommt es etwa beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter zunächst darauf an, ob der Versprechende an den Dritten eine Eigenleistung erbringt oder ob er „für Rechnung“ des Versprechensempfängers leistet. In dem zweiten Fall bewirkt das Leistungsgeschäft zwischen dem Versprechenden und dem Dritten zwei simultane mittelbare Leistungen (des Versprechenden an den Versprechensempfänger, des Versprechensempfängers an den Dritten). Aber auch bei direkter Eigenleistung des Versprechenden an den Dritten finden mittelbare Leistungen statt: Nimmt man mit der h.M. an, daß bei der Lebensversicherung zugunsten Dritter der Anspruch auf die Versicherungssumme und diese selbst dem begünstigten Dritten vom Versicherer unmittelbar aus dessen Vermögen zugewendet wird,¹ so wendet zugleich der Versicherungsnehmer (Versprechensempfänger) dem Dritten den Wert der an den Versicherer gezahlten Prämien indirekt zu, da ohne diese Zahlungen die Versicherung suspendiert² oder vom Versicherer gekündigt³ würde. Das Vermögen des Dritten wird also durch Aufwendungen des Versprechensempfängers vermehrt, die den Verlust des Versicherungsanspruchs verhindern („bestandserhaltende Verwendungen“). Ebenso erbringt der Versprechende, sofern er durch seine Leistung eine Schuld des Versprechensempfängers gegenüber dem Dritten tilgt, eine mittelbare Leistung an den Versprechensempfänger. Diesem wird die Befreiung von seiner Schuld zugewendet.

Diese Beispiele machen deutlich, daß jede *mittelbare Leistung* auf einer *mittelbaren Zuwendung* beruht. Es kann nach dem Leistungsbegriff der h.M.⁴ nicht anders sein: Leistung ist eine mit einer Zweckbestimmung versehene Zuwendung. Leistender und Zuwendender sind in den genannten Fällen und nach dem Leistungsbegriff notwendig identisch. Wenn gelegentlich – gerade im Hinblick auf mittelbare Leistungen – betont wird, Zuwendender und Leistender seien nicht notwendig dieselbe Person,⁵ so bedeutet dies nur: Wegen der direkten Zuwendung des Versprechenden an den Dritten braucht noch keine direkte Leistung zwischen ihnen vorzuliegen. Die *direkte* Zuwendung des Versprechenden an den Dritten bewirkt eine *mittelbare*

¹ So für den Fall der anfänglichen Begünstigung des Dritten: RG 51, 403; 54, 94 (96); 80, 175 (177); RG JW 08, 689; RG 127, 269 (271); OLG Nürnberg VersR 69, 608; MünchKomm (Gottwald) § 330 Rn. 13; Kühlmorgen, S. 80ff.; Harder, S. 129ff.

² Vgl. § 39 I, II VVG.

³ Vgl. § 39 I, III VVG.

⁴ S.u. II 1.

⁵ BGH NJW 52, 1171; Larenz SchR II § 68 I (S. 470). *Dagegen*: Esser SchR II § 101 I 1 (S. 338); Köter AcP 153 (1954), 196ff.; Beuthien JZ 68, 324 m.w.N.

Zuwendung des Versprechenden an den Versprechensempfänger und diese *mittelbare Zuwendung* ist die Grundlage einer *mittelbaren Leistung* des Versprechenden an den Versprechensempfänger. Die Alternative ist also nicht *Zuwendung* des Versprechenden an den Dritten und *Leistung* des Versprechenden an den Versprechensempfänger, sondern *direkte Zuwendung* und *Leistung* des Versprechenden an den Dritten oder *mittelbare Zuwendung* und *Leistung* des Versprechenden an den Versprechensempfänger. Das Problem der Leistung im Dreipersonenverhältnis besteht darin, die stattfindende Wertbewegung den Beteiligten als Zuwendung oder Zuwendungsempfang zuzurechnen.

Auch die Fälle „mittelbarer“ oder „indirekter“ Leistung laufen *in der Rechtsfolge* darauf hinaus, daß zwischen (jeweils) zwei Personen eine Leistung in genau demselben Sinn vollzogen wird wie bei der direkten Leistung des Schuldners an den Gläubiger im Zweipersonenverhältnis. Dies bedeutet, daß jede Leistung, auch die „mittelbare“ und die „Anweisungsleistung“, sich auf den einfachen Vorgang zurückführen läßt, daß ein Leistender bewußt und gewollt das Vermögen eines anderen vermehrt. Ob der Zuwendende seine Zuwendungshandlung direkt an den Empfänger richtet, ob er unselbständige Hilfskräfte (Arbeitnehmer, Besizdiener) einschaltet oder ob ein selbständiger Leistungs- oder Empfangsmittler tätig wird, ist gleichgültig. Die Leistung setzt nicht bestimmte Mittel der Zuwendung voraus. Eines ist jedoch ausgeschlossen: Niemand kann durch einen anderen, der selbst Leistender ist, eine mittelbare Leistung erbringen. Niemand kann zugleich Leistender und Leistungsmittler sein, die Leistung kann als solche nur entweder dem Hintermann oder dem Mittler zugerechnet werden. Eine doppelte Zurechnung der Leistung wäre widersprüchlich, überdies rechtlich sinnlos.

II. Die Leistung als Anspruchsvoraussetzung

Von Caemmerer⁶ weist darauf hin, daß die zumeist im Zusammenhang mit der Leistungskondition erörterte Bestimmung des Leistenden und des Leistungsempfängers ein allgemeines Problem, insbesondere der Rückabwicklungsansprüche aus Darlehn, Rücktritt und Wandelung darstellt. Das Problem stellt sich, sobald die Leistung zum gesetzlichen Tatbestandsmerkmal, damit zur Voraussetzung eines Anspruchs oder sonstiger Rechtsfolgen wird. Es ist zu klären, was jeweils Leistung bedeutet, ein Leistungsbegriff zu definieren.

1. Der Leistungsbegriff des Bereicherungsrechts

Nach der modernen Bereicherungslehre kondiziert der Leistende allein aufgrund der Tatsache, daß infolge seiner Leistung das Vermögen des Empfängers vermehrt ist.⁷ Leistung im Sinne der §§ 812 ff. ist nach herrschender Ansicht bewußte und

⁶ Festschr. f. Rabel I, S. 348 f. und JZ 62, 386.

⁷ Jakobs, S. 160.

zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.⁸ Demgegenüber bezeichnet der Begriff der Zuwendung die Vermehrung des Empfänger Vermögens als solche, abgesehen von ihrem Zweck.⁹ Leistung ist demnach die Einheit aus Zuwendung und Zweckbestimmung.

Dieser Leistungsbegriff ist, obwohl er eigens für die Leistungskondition geschaffen wurde, zu eng, da nach § 812 I 1, 1. Alt. ein Anspruch auf Rückgewähr des ohne Rechtsgrund Erlangten auch dann gegeben ist, wenn dieses keinen Vermögenswert besitzt (Gegenstände von reinem Liebhaberwert, persönliche Erinnerungsstücke usw.),¹⁰ solange es in Natur herausgegeben werden kann. Es kommt also nicht auf eine Vermögensmehrung beim Empfänger, sondern darauf an, ob dieser einen Gegenstand erlangt hat, der in Natur (auch in Gestalt eines Surrogats) oder durch Wertersatz rückerstattet werden kann. Für den Regelfall trifft der Leistungsbegriff der h.M. jedoch zu.

Der Leistungsbegriff des Bereicherungsrechts ist unabhängig davon, daß die Kondition nicht die Leistung als solche, d.h. „das gesamte, dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger obliegende Verhalten“ rückgängig machen will,¹¹ sondern nur zur Rückerstattung „des Erlangten“, also zur Wiederaufhebung des *Leistungserfolges* verpflichtet.¹² Dies betrifft nur die Rechtsfolgeseite, den Anspruchsinhalt der Kondition. Tatbestandsvoraussetzung der Leistungskondition nach § 812 I 1, 1. Alt. ist hingegen eine Leistung im vollen Sinn des Wortes (Leistungshandlung und Leistungserfolg).¹³ Der Konditionsschuldner muß den herauszugebenden Gegenstand oder Wert „durch Leistung erlangt“ haben. Auch im folgenden geht es nur um die Leistung als Tatbestandsvoraussetzung.

Der Leistungsbegriff des Bereicherungsrechts ist, was das Moment der Zwecksetzung angeht, sehr weit: Er läßt alle im Rahmen der Parteiautonomie möglichen Zwecksetzungen zu, insbesondere die im gemeinen Recht herausgearbeiteten *causae solvendi, credendi, donandi, acquirendi, obligandi, conditionis implendae*, aber auch z.B. den Sicherungszweck oder atypische Zwecksetzungen.

Daß die Leistung Voraussetzung einer Kondition wird, bedarf einer Begründung: Die Leistungskondition richtet sich gegen den, der durch die Leistung „etwas erlangt“ hat, weil nur er das Erlangte herausgeben kann, nur er „ungerechtfertigt bereichert“ ist. Gläubiger des Rückgewähranspruchs ist der Leistende, da durch

⁸ BGH 40, 272 (277); 43, 1 (11); 48, 70 (73); 56, 228 (239); 58, 184 (188); BGH NJW 74, 1132; BGH NJW 79, 157, 371; OLG Hamburg NJW 71, 424; Beuthien, S. 283; H. P. Westermann, S. 180f.; Köter AcP 153 (1954), 195f.; Scheyhing AcP 157 (1958/59), 371f., 379, 383; Berg AcP 160 (1961), 507; Rothoef AcP 163 (1963), 224f.; v. Caemmerer, Festschr. f. Rabel I, S. 366; Weitnauer NJW 79, 2008f. *Einschränkend*: U. Meyer, S. 16f.; Koppensteiner/Kramer, S. 45f. *Ablehnend*: Wilhelm, S. 100ff., 132ff. und JuS 73, 7ff.; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 857f. („Abschied vom Leistungsbegriff“); Kaehler, S. 127f.; Harder JuS 79, 76.

⁹ Vgl. Köter AcP 153 (1954), 198; Zeiss JZ 63, 8; Beuthien JZ 68, 323ff.

¹⁰ Beuthien, S. 283f. und JZ 68, 323; vgl. dazu Welker, S. 24 N. 15 (m.w.N.).

¹¹ Beuthien, S. 284; Hagmann-Lauterbach, S. 88.

¹² Rothoef AcP 163 (1963), S. 223f.; Wieacker, Festschr. f. Nipperdey (1965) I, S. 785 N. 5.

¹³ Wieacker, Festschr. f. Nipperdey (1965) I, bes. S. 784f.; Welker, S. 24f.

sein zurechenbares Handeln der rechtsgrundlose Erwerb eingetreten ist. Er hatte seine Leistung zu einem bestimmten Zweck bewirkt und dadurch zum Ausdruck gebracht, daß er den Leistungsgegenstand nur für den Fall der Erreichung dieses Zwecks endgültig aufgeben wollte. Bei Zweckverfehlung wollte er sich die Rückforderung vorbehalten.¹⁴ Der Leistende ist auch dann Gläubiger der Kondiktion, wenn er die Leistung nicht aus seinem Vermögen oder sonst „auf seine Kosten“ (etwa durch Einsatz seiner Arbeitskraft) erbringt.¹⁵ Auch im Fall der „rechtsgrundlosen Verfügung eines Nichtberechtigten“, die durch Genehmigung des Berechtigten oder aufgrund der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb wirksam ist, gibt die h. M. zu Recht nicht dem (früheren) Eigentümer der veräußerten Sache eine Eingriffskondiktion, sondern dem Verfügenden die Leistungskondiktion gegen den Empfänger.¹⁶ Der Leistende hat, indem er die Zuwendung vollzog und einem bestimmten Zweck widmete, den Zuwendungsgegenstand auch für den Fall der Zweckverfehlung und der Rückgewähr in den konkreten Zusammenhang seines Rechtsverhältnisses zum Empfänger gestellt. Dieser vertraut darauf, daß die Leistung im Verhältnis zum Leistenden abgewickelt wird, die Saldotheorie anwendbar ist und die gegenüber dem Leistenden gegebenen Einwendungen, Einreden und Aufrechnungsmöglichkeiten erhalten bleiben. Sein Vertrauen wird auf Kosten des Eigentümers geschützt, wenn dieser die Verfügung nach § 185 II genehmigt oder die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs vorliegen. Hier wird bereits die Tendenz erkennbar, die Parteien der Kondiktion so zu bestimmen, daß die Saldotheorie zur Anwendung kommt und die Gegenrechte des Kondiktionsschuldners nicht verkürzt werden.

2. Der Leistungsbegriff der Erfüllungslehre

Das Schuldverhältnis (Schuld/Forderung) erlischt durch Erfüllung, also dadurch, daß „die geschuldete Leistung“ an den Gläubiger (§ 362 I) oder sonstigen Adressaten (§§ 362 II, 185) bewirkt wird. Sie kann nach § 241 in einem schlichten Tun (z. B. Transportleistung) oder Unterlassen bestehen oder in der Herstellung eines bestimmten Leistungserfolgs, insbesondere der Zuwendung eines Gegenstands oder Vermögenswerts. Die Leistungshandlung muß auf das Schuldverhältnis bezogen sein (Zweckbestimmung); sonst läge nicht Erfüllung, sondern anderweitige Zweckerreichung vor, die nach Unmöglichkeitsregeln behandelt wird.¹⁷ Der Leistungsbegriff des *Erfüllungsrechts* erscheint damit in einer Hinsicht weiter als der der *Bereicherungslehre*: Er erfaßt nicht nur Zuwendungen, sondern auch schlichtes Tun oder Unterlassen, das dem Empfänger kein herausgabefähiges „etwas“ verschafft, sein

¹⁴ Vgl. Weitnauer, Festschr. f. v. Caemmerer, S. 264.

¹⁵ Die herrschende Meinung verzichtet für die Leistungskondiktion auf das Merkmal „auf dessen Kosten“ im Tatbestand des § 812 I 1; vgl. BGH 40, 277; 48, 73; 56, 239; BGH NJW 72, 865; Esser SchR II § 101 I 2 (S. 340); Larenz SchR II § 68 III (S. 476 ff.). *Dagegen*: Wilhelm, S. 100 ff. und JuS 73, 1 ff.

¹⁶ Vgl. Larenz SchR II § 69 IV c (S. 504) m. Nachw. (auch zur Gegenmeinung).

¹⁷ Vgl. Esser SchR I § 35 I 2 (S. 223 f.); Larenz SchR I § 21 I c (S. 258).

Vermögen nicht vermehrt. Die Leistungskondition hingegen setzt die Zuwendung eines nach §§ 812 I 1, 1. Alt., 818 I oder II zurückzugewährenden Gegenstandes voraus. Andererseits ist der Leistungsbegriff des *Bereicherungsrechts* insofern weiter als der der *Erfüllungslehre*, als die von der Leistungskondition vorausgesetzte Zweckbestimmung jeden von den Parteien im Rahmen der Parteiautonomie festgelegten Leistungszweck zuläßt,¹⁸ während Erfüllung nach § 362 nur eintreten kann, wenn die Leistung eben zur Erfüllung bestimmt ist (Tilgungsbestimmung). Unter den Leistungsbegriff des § 362 wie des § 812 I 1, 1. Alt. fallen danach Leistungen durch Zuwendung, die zur Erfüllung einer Schuld bestimmt sind.

Erfüllung und Leistungskondition sind funktional aufeinander bezogen, die eine ist die Kehrseite der anderen.¹⁹ Ist eine Zuwendung zur Tilgung einer Schuld bestimmt, besteht die Schuld und entspricht die Zuwendung dem Schuldinhalt, so tritt Erfüllung ein (Zweckerreichung). Kommt es aus irgendeinem Grund nicht zur Erfüllung (Zweckverfehlung), ist die Leistungskondition gegeben. Erfüllung und Leistungskondition liegen also *dieselbe* konkrete Zuwendung und *dieselbe* Zweckbestimmung zu Grunde. Doch beruht die Übereinstimmung der Leistungsbegriffe bei Erfüllung und ungerechtfertigter Bereicherung nicht darauf, daß diese Begriffe denselben Gegenstandsbereich „abbilden“. Sie sind nicht das Ergebnis einer bloßen Beobachtung des Rechtsverkehrs, sind nicht empirisch, „mit gewissermaßen soziologischen Methoden“ gewonnen.²⁰ Der Leistungsbegriff der herrschenden *Bereicherungslehre* ist zweckorientiert: Durch ihn sollen mit einem Schlag die Probleme der Rechtsgrundlosigkeit der Leistung, des Gegenstands der Leistungskondition, der Interpretation des Tatbestandsmerkmals „auf Kosten“ und die Frage gelöst werden, zwischen welchen Personen das Kondiktionsverhältnis bei rechtsgrundloser Leistung zu fixieren ist.²¹ Der Leistungsbegriff des *Erfüllungsrechts* wurde vor allem im Hinblick auf zwei Problemkreise entworfen:²² die Erfüllungswirkung von Realleistungen, Unterlassungen und schuldgerechten Handlungen ohne Erfüllungswillen einerseits, die Erfüllung durch Leistung Geschäftsunfähiger und Minderjähriger und die Erfüllung durch Leistung an sie andererseits. Einheitlichkeit der Leistungsbegriffe setzt nicht nur die Übereinstimmung des geregelten *Gegenstandsbereichs*, sondern auch eine Abstimmung der *Regelungsziele* der verschiedenen Vorschriften voraus. Zwischen Erfüllung und Leistungskondition besteht diese wechselseitige Bezogenheit der Regelungsziele: Die Leistungskondition dient der Rückabwicklung von Leistungen, die den angestrebten Erfüllungszweck verfehlt haben. Die Leistungskondition ist also die bloße Umkehrung des (erfüllungsrechtlichen) Leistungsverhältnisses.²³

¹⁸ S.o. II 1. Deshalb hält Melullis, S. 41 f., 47, eine einheitliche Begriffsbestimmung für unmöglich, spricht Hagmann-Lauterbach, S. 88, von Teilidentität der Leistungsbegriffe.

¹⁹ Welker, S. 24; Hagmann-Lauterbach, S. 87 f.

²⁰ So Weitnauer, Festschr. f. v. Caemmerer, S. 271.

²¹ Koppensteiner/Kramer, S. 26/27.

²² Vgl. Hagmann-Lauterbach, S. 53 f.

²³ Welker, S. 24.

Ein Einwand ergibt sich daraus, daß die wohl h.M. für die Erfüllung von der „Theorie der realen Leistungsbewirkung“ ausgeht,²⁴ die zumindest für den Regelfall, in dem der Schuldner dem Gläubiger das Geschuldete zuwendet, auf eine rechtsgeschäftliche oder geschäftsähnliche Zweckbestimmung verzichtet. Damit erscheint eine Übernahme des im Bereicherungsrecht entwickelten Leistungsbegriffs ausgeschlossen. Von der Einheitlichkeit des Leistungsbegriffs könnte danach nur ausgehen, wer eine solche Zweckbestimmung als Voraussetzung der Erfüllung ansieht.²⁵ Eine bewußte und zweckgerichtete Zuwendung im Sinne der Bereicherungslehre ist freilich auch nach der „Theorie der realen Leistungsbewirkung“ gegeben. Sie lehnt zwar die rechtsgeschäftliche Zwecksetzung, nicht jedoch die Zweckgerichtetheit der Leistung schlechthin ab. Nach ihr stellt sich der Bezug der Zuwendung zum Schuldverhältnis von selbst her: Wie ein Lebensvorgang, der einen Tatbestand des Gesetzes erfüllt, mit der Norm nicht erst in Bezug gesetzt zu werden braucht, sondern ohne weiteres die Rechtsfolge auslöst, so soll die „passende“ Zuwendung Erfüllung der Schuld bewirken (§ 362). Die Zuwendung ist danach *objektiv zweckgerichtet*. Besteht die Schuld nicht und kann deshalb Erfüllung nicht eintreten, kommt die „Theorie der realen Leistungsbewirkung“, wie jede andere Erfüllungstheorie, zu einer Leistungskondition wegen Zweckverfehlung. Sie müßte freilich konsequent auch für die Leistungskondition von einer objektiven Zweckgerichtetheit der Leistung ausgehen. Über Erfüllungstheorien oder den bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff mag man unterschiedlicher Auffassung sein. Gewiß ist hingegen, daß die Leistungsbegriffe der Erfüllungslehre und des Bereicherungsrechts übereinstimmen müssen.

Zuwendung und Zweckbestimmung haben demnach für Erfüllung und Leistungskondition denselben Sinn. Die für das Bereicherungsrecht entwickelte Bestimmung der Leistung als bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens trifft damit auch für den größten und wichtigsten Teil der Erfüllungsfälle zu. Daher ist von der Einheitlichkeit des Leistungsbegriffs für Bereicherungsrecht und Erfüllungslehre auszugehen. Dies entspricht der h.M.²⁶ Im vorliegenden Zusammenhang genügt es, daß die beiden Leistungsbegriffe sich nach Inhalt und Umfang im wesentlichen decken, daß insbesondere eine Zuwendung mit Tilgungsbestimmung *Leistung* im Sinne beider Regelungen ist und daß bei Anwendung dieser Vorschriften auf *denselben Leistungsvorgang* nicht inhaltlich verschiedene Leistungsbegriffe zugrunde gelegt werden.

²⁴ Vgl. Larenz SchR I § 18 I (S. 193 ff.) m. Nachw.

²⁵ S. u. III.

²⁶ Vgl. U. Hagmann-Lauterbach, Der Zusammenhang zwischen dem finalen Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht und den Erfüllungslehren, Diss. Tübingen 1976, insbes. S. 87 ff., 96 ff., 108 f., 173; Larenz SchR II § 68 Ia (S. 467); Beuthien, S. 282 ff.; Welker, S. 23 f.; H. P. Westermann, S. 187; Kupisch, S. 22; Weitnauer, Festschr. f. v. Caemmerer, S. 266 ff.; Scheyhing AcP 157 (1958/59), 373 mit N. 31; Thomä JZ 62, 626; Baur/Wolf JuS 66, 396 N. 31; Wieling JZ 77, 291; Harder JuS 79, 78; Kupisch WM Sonderbeilage 3/1979, S. 10, 11; Pinger AcP 179 (1979), 310 f. a. A. Möschel JuS 72, 300 N. 28.

3. Der Leistungsbegriff des Rücktrittsrechts

Wird ein vertragliches (§ 346 S. 1) oder ein gesetzliches (vgl. §§ 325–327) Rücktrittsrecht ausgeübt oder die Wandelung vollzogen (§§ 459 ff., 467 S. 1, 633 f., 634 IV), so haben die Parteien einander „die empfangenen Leistungen“ zurückzugewähren (§ 346 S. 1). Gemeint sind die Leistungen, die von den Parteien zum Zweck der *Erfüllung* des Vertrages erbracht wurden. Diese müssen zur Erfüllung geeignet sein, also dem Leistungsbegriff des Erfüllungsrechts genügen. Der Rückgewähranspruch nach §§ 346 ff. setzt, wie die Leistungskondition, die Verschaffung eines rückgabefähigen Gegenstandes voraus, der in der Regel Vermögenswert besitzt. Bei Rücktritt und Wandelung werden jedoch Zuwendungen rückgängig gemacht, die ihren Zweck erreichten: Die bereits eingetretene Erfüllung wird wieder aufgehoben, der auf Erfüllung angelegte Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt, der status quo ante wieder hergestellt. Dieselben Zuwendungen wären nach §§ 812 ff. (Leistungskondition) rückgängig zu machen, wenn der Vertrag mangelhaft wäre. Die Rückgabeansprüche nach §§ 346 ff. und §§ 812 ff. meinen also denselben *Leistungsgegenstand*, der den primären Anspruchsinhalt bestimmt. Die *Parteien* des Rückgewährverhältnisses werden jedoch unterschiedlich festgelegt: Nach § 812 I 1, 1. Alt. kondiziert der *Leistende* vom Leistungsempfänger, das Leistungsverhältnis determiniert also das Kondiktionsverhältnis. Nach § 346 S. 1 sind die *Vertragsparteien*, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Hier sind die Parteien des (mangelfreien) Vertrags also mit den Parteien des Rückgewährverhältnisses identisch, denn dieses ist nichts anderes als eine Fortsetzung des Vertrags. Der Leistungsbegriff bestimmt demnach im Rahmen der §§ 346 ff. nicht die Parteien des Rückgewähranspruchs, sondern nur dessen Gegenstand und primären Inhalt. Nur insofern ist die für das Erfüllungs- und Bereicherungsrecht bestehende oder zu entwickelnde Leistungstheorie maßgebend. Im übrigen ist die Rückabwicklung nach Rücktrittsrecht gerade, weil sie zwischen den Vertragsparteien stattfindet, zum Leitbild der Leistungskondition geworden.²⁷

4. Die Leistung als Voraussetzung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung

Macht bei vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit (§ 325) oder beim Schuldnerverzug (§ 326) der vertragstreue Gläubiger den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend, so kann er, falls er selbst noch nicht geleistet hat, wählen, ob er sich von seiner Leistungspflicht befreien und Schadensersatz nach der Differenztheorie verlangen oder leisten und den erhöhten Schadensersatz nach der Surrogations- oder Austauschtheorie liquidieren will.²⁸ Hat er hingegen bereits ge-

²⁷ S. u. § 4 III 2 a, ee; § 7 IV.

²⁸ Vgl. Leser, S. 131, m. Nachw. S. 130 N. 87.

leistet, so ist er nach fast allgemeiner Ansicht nicht berechtigt, seine Leistung zurückzufordern, da er sonst die Vorteile des Schadensersatzanspruchs und des vom Gesetz nur alternativ gewährten Rücktritts kumulieren könnte.²⁹ Behält der Anspruchsgegner danach die Leistung des Schadensersatzgläubigers, ist diese bei der Berechnung des Schadensersatzes zu berücksichtigen: nicht die Wertdifferenz der auszutauschenden Leistungen, sondern der volle Wert der vom Gegner geschuldeten Leistung ist Grundbetrag des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung. Die Leistung des Schadensersatzgläubigers erfolgt zur *Erfüllung* des Vertrags, muß also dem Leistungsbegriff der Erfüllungslehre entsprechen. In Zweifelsfällen, etwa bei „mittelbarer Leistung“, sind daher Leistender, Leistungsempfänger und Leistungsinhalt nicht anders zu bestimmen als bei Erfüllung, Leistungskondition und Rücktritt.

5. Leistungsbegriff und Gläubigeranfechtung

Die gesetzlichen Anfechtungstatbestände und die Lehre von der Gläubigeranfechtung verwenden den Leistungsbegriff nicht. Sie gehen aus vom Begriff der „anfechtbaren Rechtshandlung“, typischerweise einer Handlung des Schuldners (Gemeinschuldners),³⁰ die einen der Zwangsvollstreckung unterliegenden Gegenstand des Schuldnervermögens auf den Anfechtungsgegner überträgt und damit dem Zugriff der Gläubiger entzieht. Der Schuldner vermehrt also in diesen Fällen bewußt das Vermögen des Anfechtungsgegners auf Kosten seines eigenen Vermögens. Die damit gegebene Zuwendung ist in der Regel einem bestimmten Zweck gewidmet,³¹ ist also eine Leistung im Sinne der neueren Bereicherungslehre.³² Sie muß freilich aus dem Schuldnervermögen erfolgen, da es sonst an der Vereitelung oder Erschwerung des Vollstreckungszugriffs auf das Vermögen des Schuldners fehlt (Gläubigerbenachteiligung), die unabdingbare Voraussetzung der Gläubigeranfechtung ist.³³ Daher hat man zu Recht einen wesentlichen Unterschied zwischen Gläubigeranfechtung und Bereicherungsrecht darin gesehen,³⁴ daß die Gläubigeranfechtung primär von einem Vermögensverlust des Schuldners, die Kondition von einem Vermögensgewinn des Anspruchsgegners ausgeht. Doch setzt auch die Gläubigeranfechtung einen Erwerb des Anfechtungsgegners voraus, der Gegenstand des anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs sein kann. Umgekehrt ist es für den Bereicherungsanspruch, auch für die Leistungskondition, nicht gleichgültig, aus wessen Vermögen der Empfänger erwirbt. Die Kondition steht zwar dem Leistenden zu,

²⁹ Vgl. Leser, S. 130, 144, m. Nachw. S. 144 N. 130.

³⁰ So bei allen Tatbeständen des AnfG und den Anfechtungstatbeständen der KO mit Ausnahme von § 30 Nr. 1, 2. Fall, § 30 Nr. 2 KO.

³¹ Der Schenkungszweck ist Anspruchsvoraussetzung in § 3 I Nr. 3, 4 AnfG, § 32 Nr. 1, 2 KO.

³² Vgl. Gerhardt, Gläubigeranfechtung, S. 173 ff.

³³ Vgl. Böhle/Stamschräder AnfG § 1 Anm. IV 1 m.w.N.; Böhle/Stamschräder KO § 29 Anm. 12–19 m.w.N.

³⁴ RG JW 38, 1120.

auch wenn er „auf Kosten“ eines fremden Vermögens leistet (vgl. §§ 185, 932 ff., 892 ff.), doch geht die Kondiktion auf Rückgewähr des Leistungsgegenstandes in das Herkunftsvermögen.³⁵

Danach scheint es möglich, den bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff auf die Gläubigeranfechtung zu übertragen, soweit sie auf Zuwendungen des Schuldners beruht. Dafür spricht auch die grundsätzlich übereinstimmende Behandlung „mittelbarer Zuwendungen“: Die Gläubiger des Angewiesenen können gegenüber dem Anweisenden anfechten, wie der Angewiesene bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses von ihm kondizieren kann. Der Anfechtungsanspruch der Gläubiger des Anweisenden richtet sich gegen den Empfänger, wie die Kondiktion des Anweisenden bei einem Mangel des Valutaverhältnisses. Umso mehr überraschen die Unterschiede der bereicherungsrechtlichen und anfechtungsrechtlichen Theorie „mittelbarer Zuwendungen“. Die h. M. im Anfechtungsrecht stellt auf eine „wirtschaftliche Betrachtung“ ab,³⁶ während die Bereicherungslehre aufgrund des finalen Leistungsbegriffs die Zweckbestimmung für entscheidend ansieht. Beiden geht es darum, sich von der Zuwendung, die nach ihrer Auffassung „formalrechtlich“ zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger stattfindet, zu lösen und einen Rückgewähranspruch im Verhältnis des Angewiesenen zum Anweisenden einerseits, des Anweisenden zum Empfänger andererseits zu begründen. Übrigens kommt auch die herrschende Bereicherungslehre nicht ohne eine „wirtschaftliche Betrachtung“ aus.³⁷ Sie nimmt an, daß der *Angewiesene* dem Empfänger aus seinem Vermögen eine Zuwendung macht. Rechnet man diese Zuwendung aufgrund des finalen Leistungsbegriffs dem *Anweisenden* als Leistung zu, so handelt es sich doch um eine Leistung „auf Kosten“ des Angewiesenen. Die Leistungskondiktion des Anweisenden müßte daher auf Rückgewähr des Bereicherungsgegenstandes in das Vermögen des Angewiesenen gehen. Um diese Konsequenz zu vermeiden, beruft man sich darauf, daß „letztlich“, d.h. wertmäßig oder wirtschaftlich, der Erwerb des Empfängers aus dem Vermögen des Anweisenden stamme, da dieser dem Angewiesenen im Deckungsverhältnis Aufwendungsersatz leiste oder eine Gegenleistung erbringe.

Es ist nicht das Ziel dieser Ausführungen, weitere Ähnlichkeiten der herrschenden Bereicherungstheorie und der Anfechtungslehre bei „mittelbaren Zuwendungen“ aufzuzeigen. Es sollte nur wahrscheinlich gemacht werden, daß es eine einheitliche Leistungstheorie, insbesondere Theorie der „mittelbaren Leistung“, für Leistungskondiktion und Gläubigeranfechtung geben kann. Diese Theorie gilt es zu finden. Dabei geht es nicht um die bekannte Frage, ob der Anfechtungsanspruch seiner Rechtsnatur nach ein Bereicherungsanspruch ist, sondern nur um eine Konkretisierung und Annäherung der Tatbestandsmerkmale der „Leistung“ in § 812 I 1, 1. Alt. und der „Rechtshandlung“ des Schuldners in den Tatbeständen der Anfechtungsgesetze.

³⁵ S. o. II 1.

³⁶ S. u. § 7 VII 3 a.

³⁷ Zur wirtschaftlichen Betrachtung im Bereicherungsrecht vgl. Rothoef AcP 163 (1963), 218 ff., 230, 265.

6. Zusammenfassung

Dieselbe Leistung (zweckgerichtete Zuwendung) kann Erfüllung wirken (§ 362), Gegenstand von Rückgewähransprüchen nach §§ 346 ff. oder §§ 812 ff. sein, einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach der Austauschtheorie und einen Anfechtungsanspruch (§§ 3 f. AnfG, §§ 30 ff. KO) begründen. Dies ist nur ein Ausschnitt möglicher Leistungsfolgen. Alle Leistungsfolgen sind *einheitlich* zu regeln, d. h. alle Regelungen müssen von demselben Leistungsbegriff ausgehen, wenn die Regelungszwecke sich hinreichend decken oder ergänzen. Dies wurde für Erfüllung (einschließlich Schadensersatz nach der Austauschtheorie) einerseits und Rückabwicklung (§§ 346 ff., 812 ff., Gläubigeranfechtung) andererseits zu zeigen versucht.

III. Die Zweckbestimmung

Die Untersuchung der Leistungsvorgänge im Dreipersonenverhältnis muß von einer eindeutigen Konzeption der Zweckbestimmung ausgehen, die nach dem allgemeinen Leistungsbegriff³⁸ die Zuwendung zur Leistung macht. Eine h. M., die ohne weiteres übernommen werden könnte, gibt es hierzu nicht. Vielmehr besteht – neben der Vielzahl der Einzelmeinungen – ein deutlicher Gegensatz zwischen der Erfüllungslehre und der Theorie der Leistungskondition. Er kann freilich in der Sache nicht begründet sein, ist es doch dieselbe Leistung, die – zur Tilgung einer Schuld bestimmt – bei Bestehen der Schuld Erfüllung wirkt (§ 362), bei einem Mangel des Schuldverhältnisses die Leistungskondition auslöst, weil der Leistungszweck (Erfüllung) nicht erreicht wurde. Derselbe Bezug der Leistung zum Schuldverhältnis (Tilgungsbestimmung) ist Voraussetzung der Erfüllung wie der Leistungskondition: Wäre eine Tilgungsbestimmung im Sinne des Erfüllungsrechts wirksam, nach Bereicherungsrecht jedoch unwirksam, so hätte die Leistung, wenn die übrigen Voraussetzungen der Erfüllung gegeben wären, ihren Zweck zugleich verfehlt und erreicht. Die Forderung würde nach § 362 erlöschen und der Gläubiger müßte die Leistung nach § 812 wieder herausgeben: ein sinnwidriges Ergebnis. Eine vom Erfüllungsrecht unabhängige, eigenständige Tilgungsbestimmung für die Leistungskondition gibt es daher nicht. Dasselbe gilt für die übrigen Leistungsfolgen, die auf der Bestimmung der Leistung zur Erfüllung einer Schuld, ihrem Bezug zu einem bestimmten Schuldverhältnis beruhen: Mängelgewährleistung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Rückabwicklung nach §§ 346 ff. und die Tatbestände der Schenkungsanfechtung (§ 3 I Nrn. 3, 4 AnfG, § 32 Nrn. 1, 2 KO).

Die vorliegende Untersuchung und ihre Ergebnisse sind *nicht* von einer bestimmten Auffassung der Zweckbestimmung abhängig, sondern gelten für jede der vertre-

³⁸ S. o. II 1.

tenen Theorien. Allein die Übersichtlichkeit der Darstellung erfordert eine Festlegung. Die Untersuchung entscheidet sich daher für die überzeugendste der vertretenen Theorien, kann freilich die Gründe dieser Entscheidung nur andeuten und muß auf die ausführliche Begründung dieser Theorie in den herangezogenen Monographien verweisen. Als Beispiel der Zweckbestimmung dient im folgenden die Bestimmung der Leistung zur Erfüllung einer Schuld (Tilgungsbestimmung).

1. Die Rechtsnatur der Tilgungsbestimmung

Nach der „Theorie der realen Leistungsbewirkung“³⁹ genügt zur Erfüllung „die Herbeiführung des Leistungserfolges durch eine Leistungshandlung des Schuldners (oder seines Erfüllungsgehilfen), die in jeder Weise der geschuldeten entspricht“.⁴⁰ Auch sie erkennt an, daß eine Zuordnung der Leistung zu dem bestimmten Schuldverhältnis notwendig ist⁴¹ – sonst läge nicht Erfüllung, sondern (anderweitige) Zweckerreichung vor –, betrachtet jedoch diese Zuordnung als eine Rechtsfolge des objektiven Rechts. Andererseits gibt sie der Privatautonomie insofern Raum, als sie eine „negative Tilgungsbestimmung“ zuläßt,⁴² die inhaltlich passende Zuwendung also nicht gegen den Willen des Zuwendenden einer Schuld zuordnet und überall dort, wo es „objektiv zweifelhaft“ ist, welchem Zweck eine Leistung dienen soll, analog § 366 I eine „positive“ Tilgungsbestimmung verlangt.⁴³ Eine solche Unsicherheit besteht insbesondere bei der Leistung im Dreipersonenverhältnis: Leistet ein Dritter an den Gläubiger, so kann seine Zuwendung auf eine eigene Schuld gegenüber dem Gläubiger, auf die Valutaschuld oder auf einen Anspruch des Schuldners gegen den Dritten im Deckungsverhältnis bezogen sein. Die Zuwendung des Dritten kann auch mehrere Tilgungsbestimmungen tragen.⁴⁴ Der Bezug der Zuwendung zu einem bestimmten Schuldverhältnis als Voraussetzung für Erfüllung, Leistungskondition und die genannten weiteren Leistungsfolgen ist daher bei der Leistung eines Dritten an den Gläubiger auch nach der „Theorie der realen Leistungsbewirkung“ durch positive Tilgungsbestimmung herzustellen. Für diesen Fall besteht also Übereinstimmung mit den Theorien, nach denen der für Erfüllung, Leistungskondition usw. vorausgesetzte Bezug der Zuwendung zu dem Schuldverhältnis stets durch eine Disposition des Zuwendenden zustande kommt: die allgemeine Vertragstheorie,⁴⁵ die beschränkte Vertragstheorie,⁴⁶ die Theorie des Zuord-

³⁹ BGH 51, 157; Boehmer, Der Erfüllungswille, 1910; Kretschmar, Die Erfüllung, 1. Teil, 1906; ders. JhJ 85 (1935), 184; 86 (1936/37), 145; Soergel/R. Schmidt Rn. 5 vor § 362; Staudinger/Kaduk Rn. 17ff. vor § 362; Esser SchR I § 26 I 2 (S. 151); Larenz SchR I § 18 I (S. 193 ff.) m. w. N.

⁴⁰ Larenz SchR I § 18 I (S. 193).

⁴¹ Vgl. Larenz aaO (S. 195).

⁴² Vgl. BGH NJW 72, 1750; Larenz aaO (S. 195/196).

⁴³ Vgl. Larenz aaO (S. 196); Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 827 N. 77.

⁴⁴ Vgl. insbes. § 8 III 1 a; § 12 IV 1.

⁴⁵ Vgl. v. Tuhr AT II 2, S. 82; Kreß SchR I, S. 446; Lent, Anweisung, S. 7ff.

⁴⁶ Vgl. Palandt/Heinrichs § 362 Anm. 1; Enneccerus/Lehmann SchR § 60 II 2, 3 (S. 252 ff.); Fikentscher SchR § 38 II 5 (S. 159 ff.).

nungsvertrags⁴⁷ und die Lehrmeinung, nach der eine einseitige Erklärung des Leistenden genügt.⁴⁸

Die Untersuchung folgt der zuletzt genannten Auffassung, geht also davon aus, daß die bei der Leistung im Dreipersonenverhältnis erforderliche Tilgungsbestimmung analog § 366 I durch einseitige Bestimmung des Zuwendenden erfolgt. Die Tilgungsbestimmung ist keine Verfügung über die Forderung.⁴⁹ Sie stellt nur die für die Erfüllung erforderliche Beziehung der Zuwendung zum Schuldverhältnis her, entfaltet also im Rahmen des § 362 eine reine Tatbestandswirkung. Die Erfüllung ist damit eine gesetzliche Folge der zur Erfüllung der Schuld erbrachten Leistung.⁵⁰ Immerhin wird diese Rechtsfolge durch die Zuwendung bewußt angestrebt und durch die Tilgungsbestimmung ausgelöst. Die Tilgungsbestimmung ist daher als *rechtsgeschäftsähnliche Handlung* anzusehen.⁵¹ Soweit Rechtsähnlichkeit besteht, sind auf sie die für empfangsbedürftige Willenserklärungen geltenden Vorschriften analog anzuwenden. Eine Analogie besteht, was das Wirksamwerden und die Auslegung der Tilgungsbestimmung angeht; daher sind §§ 130, 133, 157 analog anzuwenden.⁵² Die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff.)⁵³ und Willensmängel (§§ 119 ff.)⁵⁴ sind hingegen nicht anwendbar.

Die Tilgungsbestimmung ist ein *abstraktes* Geschäft, d.h. zunächst: Sie ist nicht Bestandteil des Verpflichtungsgeschäfts. Der Schuldner begibt sich der Freiheit, über den Zweck seiner Zuwendung zu entscheiden, nicht schon bei Abschluß des Schuldverhältnisses. Er trifft diese Entscheidung vielmehr in der Regel erst im Zeitpunkt der Leistung. Die Tilgungsbestimmung ist aber auch nicht in das etwa notwendige Vollzugsgeschäft integriert. Als Geschäft, das den Bezug des Vollzugsgeschäfts zum Schuldverhältnis herstellt, steht die Tilgungsbestimmung zwischen beiden. Ihre Einbeziehung in das Vollzugsgeschäft würde dieses einer schuldrechtlichen Bindung unterwerfen, die mit dem geltenden Abstraktionsprinzip nicht vereinbar wäre. Selbst bei Handgeschäften nimmt deshalb die h.M. Selbständigkeit der Zweckbestimmung gegenüber dem Vollzugsgeschäft an.⁵⁵

Die Tilgungsbestimmung ist einer „*Verfügung*“ über die Zuwendung insofern

⁴⁷ Vgl. Ehmann JZ 68, 549 u. NJW 69, 1833; Rother AcP 169 (1969), 1 ff.

⁴⁸ Vgl. Beuthien, S. 289 ff.; Hagmann-Lauterbach, S. 96 ff., 111 f., 169; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 827 N. 77; Wieling JZ 77, 291 m. Nachw.

⁴⁹ Nach der allgemeinen und der beschränkten Vertragstheorie (s.o. N. 45, 46) und der §§ 362, 185 und §§ 1812, 1813 zugrunde liegenden Auffassung des Gesetzgebers lag in der Annahme der Leistung eine Verfügung über die Forderung. *Dagegen* insbes.: Siber SchR, S. 120; Esser SchR I § 26 I 3 (S. 151); Gerhardt in Athenäum-Zivilrecht I, S. 704; Larenz aaO (S. 194 ff.) m. w. N.

⁵⁰ Vgl. Beuthien, S. 289 f.; Hagmann-Lauterbach, S. 172.

⁵¹ Beuthien, S. 289 ff. m. w. N.; Hagmann-Lauterbach, S. 170 ff.. Rechtsgeschäftliche Natur der Tilgungsbestimmungen nehmen an: Siber SchR, S. 119 ff.; Lorenz JuS 68, 442; Wieling JZ 77, 291, 293 f.; Weitnauer, Festschr. f. v. Caemmerer, S. 262.

⁵² Beuthien, S. 291 ff.; Hagmann-Lauterbach, S. 156, 159, 174 f.; Zeiss JZ 63, 10.

⁵³ Vgl. Beuthien, S. 292 f.; Hagmann-Lauterbach, S. 111 f., 132, 134, 174.

⁵⁴ Vgl. Hagmann-Lauterbach, S. 163 f., 174. Anders Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 827.

⁵⁵ Vgl. Hagmann-Lauterbach, S. 14 ff.

ähnlich, als sie durch die Herstellung des Bezugs zu einem bestimmten Schuldverhältnis das weitere Schicksal der Leistung bestimmt: Verbleib beim Gläubiger, wenn Erfüllung eintritt und keine der Parteien den Rücktritt erklärt; Mängelgewährleistung nach den für dieses Schuldverhältnis vereinbarten oder im Gesetz enthaltenen Regeln; Schenkungsanfechtung durch Gläubiger des Leistenden bei unentgeltlicher Zuwendung usw. Die Bindung an einen bestimmten Zweck modifiziert den Rechtsinhalt der Zuwendung. Sie ordnet die Zuwendung einem Schuldverhältnis zu, hat also eine gewisse Ähnlichkeit mit Geschäften wie der Übereignung oder der Zession, die ebenfalls eine neue rechtliche Zuordnung begründen. Wie diese dinglichen Zuordnungsgeschäfte hat die Tilgungsbestimmung eine *Wirkung „inter omnes“*. Leistet ein Dritter auf die Valutaschuld, so gilt diese Zweckbestimmung nicht nur gegenüber dem Gläubiger oder dem Schuldner, sondern gegenüber jedermann.

2. Tilgungsbestimmung und „Leistungsverhältnis“

Ist die Tilgungsbestimmung eine verfügungsähnliche Erklärung, so kann sie wirksam nur vom Zuwendenden vorgenommen werden. Nur er oder ein anderer in seinem Namen (§§ 164 ff.) oder mit seiner Ermächtigung (§ 185) ist befugt, über die Zuwendung, ihre schuldrechtliche Einordnung und ihre weiteren (vertraglichen oder gesetzlichen) Rechtsfolgen zu disponieren. Niemand kann daher eine fremde Zuwendung an sich ziehen und sich selbst zum Leistenden machen, indem er für sie die Tilgungsbestimmung trifft, sondern umgekehrt: Allein der Zuwendende kann den Zweck der Zuwendung bestimmen und *er* ist Leistender, aber nicht aufgrund seiner Tilgungsbestimmung, sondern, weil er die *Zuwendung* erbracht hat. Die Tilgungsbestimmung fixiert den Zweck der Zuwendung, bei dessen Verfehlung die Zuwendung durch Leistungskondiktion rückgängig gemacht wird. Es hängt also zwar von der Tilgungsbestimmung ab, ob die Leistung ohne Rechtsgrund erfolgt ist, d.h. *ob* es zur Kondiktion kommt, auf die Bestimmung der *Parteien* der Kondiktion und ihres *Inhalts* hat sie jedoch keinen Einfluß. Daher ist z. B. eine Theorie der Anweisungsleistung, die von einer Zuwendung des *Angewiesenen* an den Empfänger ausgeht und eine Leistung des *Anweisenden* an den Empfänger deshalb annimmt, weil *er* diese Zuwendung zur Tilgung seiner Schuld gegenüber dem Empfänger (Valutaverhältnis) bestimmt, als Konstruktion einer im Ergebnis unbestrittenen Lösung abzulehnen. Die Tilgungsbestimmung ist – wie der Fall der vom Schuldner unveranlaßten Drittleistung nach § 267 zeigt – auch nicht in der Weise für das „Leistungsverhältnis“ maßgebend, daß stets der Schuldner des durch sie in Bezug genommenen Schuldverhältnisses Leistender wäre: Nach überwiegender Meinung⁵⁶ ist der Dritte, nicht der Schuldner, Leistender. Er ist es als Zuwendender, nicht, weil er die Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis getroffen hat.

⁵⁶ So Medicus Rn. 685; Koppensteiner/Kramer, S. 57 ff.; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 847 f. (m. Nachw. N. 131); a. A. Esser SchR II § 102 I 2 (S. 346 f.); E. Schmidt JZ 71, 606 f.; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 67 f.; Gottschalk JhJ 78 (1927/28), 296 ff.

Für das Dreipersonenverhältnis ist nach h.M. typisch, daß *eine* Zuwendung durch mehrfache Tilgungsbestimmung zu *mehreren* Schuldverhältnissen in Bezug gesetzt wird. So trägt nach h.M. beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter die Zuwendung des Versprechenden an den Dritten eine dreifache Tilgungsbestimmung:⁵⁷ auf den Anspruch des Dritten gegen den Versprechenden (§ 328), auf den Anspruch des Versprechensempfängers gegen den Versprechenden im Deckungsverhältnis (§ 335) und auf den Anspruch des Dritten gegen den Versprechensempfänger im Valutaverhältnis. Hinsichtlich der Ansprüche des Dritten und des Versprechensempfängers leistet der Versprechende auf eigene Schuld, hinsichtlich der Valutaschuld als Drittleistender nach § 267. Eine solche dreifache Tilgungsbestimmung ist möglich, da alle drei Ansprüche *dieselbe* Leistung zum Gegenstand haben (Leistungsinhalt und Adressat), also durch *eine* Zuwendung *simultan*⁵⁸ erfüllt werden können. Hat freilich eine Zuwendung drei *causae*, so entsteht die schwierige Frage ihrer Konkurrenz oder Rangfolge. Von der simultanen Erfüllung mehrerer Schulden durch *eine* Zuwendung mit mehrfacher Tilgungsbestimmung ist die Annahme zu unterscheiden, daß durch die *eine* Zuwendung des Versprechenden an den Dritten aufgrund der dreifachen Tilgungsbestimmung *drei Leistungen* erbracht werden: eine Leistung des Versprechenden an den Dritten, des Versprechenden an den Versprechensempfänger und des Versprechensempfängers an den Dritten.⁵⁹ Diese Leistungen setzen, wie sich aus dem herrschenden Leistungsbegriff ergibt, drei Zuwendungen voraus (des Versprechenden an den Dritten, des Versprechenden an den Versprechensempfänger und des Versprechensempfängers an den Dritten). Achtet man darauf, so wird deutlich, daß eine *dreifache* Leistung mittels *einer* (direkten) Zuwendung aufgrund bloß mehrfacher Tilgungsbestimmung nicht möglich ist. Die Tilgungsbestimmung ändert oder vervielfacht die Zuwendung nicht, daher auch nicht die Leistung. *Das Problem der „Simultanleistung“ im Dreipersonenverhältnis ist ein Problem der Zuwendung.* Daher ist auch die rechtliche Grundlage der Anweisungsleistung im Bereich der Zuwendung, der dinglichen Güterzuordnung und der Übertragung von Vermögenswerten, zu suchen, nicht im Schuldrecht, bei der Tilgungsbestimmung oder den Kausalverhältnissen.

⁵⁷ Vgl. unten § 12 IV 1.

⁵⁸ Den Effekt der Simultanleistung hat vor allem Stampe AcP 107 (1911), 283 ff., herausgestellt.

⁵⁹ S. u. § 12 IV 1.

Zweiter Teil. Die Anweisung

§ 3: Der Begriff der Anweisung

I. Die Anweisung als Ermächtigung

Nach § 783 ermächtigt die Anweisung den Angewiesenen, an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden zu leisten, den Empfänger, die Leistung beim Angewiesenen „im eigenen Namen“ zu erheben (Doppelermächtigung).¹

1. Die Ermächtigung des Angewiesenen

Die Ermächtigung des Angewiesenen zur Leistung „für Rechnung“ des Anweisenden hat im Recht der Anweisung nach §§ 783 ff. und – wie sich zeigen wird – im Anweisungsrecht allgemein nicht die sonst übliche Bedeutung, für die z.B. die Regelung der Kommission in §§ 383 I, 386 I HGB typisch ist. Der Abschluß des Ausführungsgeschäfts durch den Kommissionär „für Rechnung“ des Kommittenten begründet rechtliche Beziehungen allein zwischen dem Kommissionär und dem Geschäftsgegner. Bei der Einkaufskommission etwa überträgt der Geschäftspartner (Verkäufer) das Eigentum an der Kaufsache grundsätzlich auf den Kommissionär. Nur die *wirtschaftlichen* Folgen des Ausführungsgeschäfts treffen letzten Endes den Kommittenten: Der Kaufgegenstand wird an ihn weitergegeben, der Kommissionär rechnet mit ihm ab. Bei der Anweisung hingegen bedeutet Leistung „für Rechnung“ des Anweisenden, was im einzelnen auszuführen ist, daß das *eine* „Leistungsgeschäft“ zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger zugleich eine Zuwendung des Angewiesenen an den Anweisenden und des Anweisenden an den Empfänger (*Simultanzuwendung*), also eine *Zuwendungskette* mit *Durchgangserwerb* des Anweisenden bewirkt. Auch aus dieser vorläufigen Kennzeichnung der Anweisungsleistung wird erkennbar, daß der Angewiesene durch Leistung „für Rechnung“ des Anweisenden in dessen Rechtskreis eingreift und als Nichtberechtigter hierzu einer Ermächtigung bedarf. *Ermächtigung* bedeutet dabei die Einräumung eines rechtlichen Könnens, einer Verfügungsmacht im weiteren Sinne, kraft deren der Ermächtigte zum Eingreifen in die rechtliche Sphäre des Ermächtigenden imstande und berechtigt ist.² Der Inhalt der Ermächtigung des Angewiesenen und die

¹ Zu älteren Auffassungen der Anweisung vergleiche Mot. II, 566; Riehl, S. 6ff.; Enneccerus/Lehmann SchR § 203 I 1 (S. 827). Die Anweisung wurde im 19. Jahrhundert unter anderem gedeutet als Zahlungsauftrag (Thibaut), Doppelauftrag (Pöhl, Thöl), Zession (Dernburg), iussus (v. Salpius, Wendt, Windscheid) und Vollmacht (Lenel).

² Vgl. Riehl, S. 19ff.; Ludewig, S. 2f.

rechtliche Wirkung seiner Leistung „für Rechnung“ des Anweisenden werden verschieden interpretiert.

Die Motive³ sagen, daß der Angewiesene aufgrund der Anweisung seine Leistung an den Empfänger mit dem Anweisenden „zu verrechnen“ habe. Eine zweite Stelle der Motive⁴ legt es nahe, dies im Sinne der Ansicht v. *Tuhr*s⁵ auszulegen. Nach v. *Tuhr* wird durch die Anweisung eine *facultas alternativa*⁶ begründet, denn sie ermöglicht es dem Angewiesenen, sich von seiner Leistungspflicht gegenüber dem Anweisenden durch „Ersatzleistung“⁷ an den Empfänger zu befreien. Die Ermächtigung des Angewiesenen zur Leistung an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden bedeutet dann nur, daß die nicht geschuldete Leistung des Angewiesenen an einen Dritten dem Anweisenden als zur Erfüllung tauglich auf seine Forderung angerechnet wird. Es kommt also zur Erfüllung nach § 362 I durch Anpassung des Schuldverhältnisses (Deckungsverhältnisses) an die vom Anweisenden gewünschte Leistung des Angewiesenen an den Empfänger. Diese bleibt eine direkte Eigenleistung des Angewiesenen an den Empfänger. Das für die Anweisungsleistung charakteristische Phänomen der Simultanleistung wird nicht gesehen. Im übrigen setzt diese Ansicht einen Anspruch des Anweisenden gegen den Angewiesenen im Deckungsverhältnis voraus, paßt also nur für die Anweisung „auf Schuld“.

In den Motiven⁸ heißt es weiter, der Angewiesene werde bei der Anweisung auf Schuld dadurch befreit, daß er „zum Zwecke der Erfüllung mit Einwilligung des Gläubigers an einen anderen leistet“ und es wird auf Entwurf I § 266 verwiesen, der § 362 II BGB entspricht.⁹ Danach leistet der Angewiesene an einen Dritten und er wird durch diese Leistung an den vom Deckungsverhältnis her gesehen „falschen Adressaten“ von seiner Leistungspflicht gegenüber dem Anweisenden befreit, weil dieser in der Anweisung seine Zustimmung zur Leistung an den Dritten gegeben hat. Auch nach dieser Auffassung erbringt der Angewiesene eine direkte Eigenleistung an den Empfänger, d. h. der Angewiesene ist Leistender, der Empfänger Leistungsempfänger im Rechtssinn. Dieselbe Leistung befreit den Anweisenden im Valutaverhältnis nach § 267 von seiner Schuld gegenüber dem Empfänger.

Im Gegensatz dazu wird nach heute h. M.¹⁰ aufgrund der Leistung des Angewiesenen „für Rechnung“ des Anweisenden die Deckungsschuld des Angewiesenen gegenüber dem Anweisenden durch eine Leistung des Angewiesenen *an den Anweisenden*, die Valutaschuld des Anweisenden gegenüber dem Empfänger durch eine

³ II, 557.

⁴ II, 562.

⁵ JhJ 48 (1905), 9.

⁶ Vgl. dazu Larenz SchR I § 11 IIIa (S. 134f.).

⁷ Auch Riehl, S. 17, nimmt im Deckungsverhältnis nicht Erfüllung, sondern Leistung eines „Surrogats“ der Erfüllung an.

⁸ II, 562.

⁹ Auch nach Ludewig, S. 65/66, ist die Erfüllung durch Anweisungsleistung ein Fall des § 362 II. Dazu s. u. § 7 II.

¹⁰ S. u. § 7 II.

Leistung *des Anweisenden* an den Empfänger erfüllt. Es leistet also in beiden Fällen der Schuldner an den Gläubiger, die Erfüllung tritt nach § 362 I ein. Die durch Deckungs- und Valutaverhältnis begründete Kette schuldrechtlicher Leistungspflichten wird durch eine entsprechende Kette (mittelbarer) Leistungen erfüllt. Der Angewiesene vollzieht, wenn er aufgrund einer gültigen Anweisung „für Rechnung“ des Anweisenden leistet, *keine* direkte Zuwendung an den Empfänger, sondern eine Zuwendung auf dem Umweg über Person und Vermögen des Anweisenden.

2. Die Ermächtigung des Empfängers

Die Anweisung ermächtigt nach § 783 den Empfänger, „die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben“. Dies bedeutet, wie sich aus § 784 I (Annahme der Anweisung) ergibt, nicht, daß der Angewiesene dem Empfänger zur Leistung verpflichtet ist.¹¹ Der Empfänger macht auch nicht den etwaigen Anspruch des Anweisenden gegen den Angewiesenen aus dem Deckungsverhältnis geltend, weder im Namen des Anweisenden (Inkassovollmacht) noch im eigenen Namen (Einziehungsbefugnis).¹² Beides wäre möglich, ist aber für die Anweisung nicht charakteristisch, da sie nicht notwendig „Anweisung auf Schuld“ ist (§ 787), also einen Anspruch des Anweisenden gegen den Angewiesenen nicht voraussetzt.¹³ Mit der Anordnung, daß der Empfänger die Leistung „im eigenen Namen“ erhebt, nimmt der Gesetzgeber ausdrücklich gegen die gemeinrechtliche Auffassung der Anweisung als Inkassovollmacht oder Inkassomandat Stellung.¹⁴ Ein Einziehungsauftrag scheidet in aller Regel schon deshalb aus, weil der Empfänger dem Anweisenden zur Erhebung der Leistung nicht verpflichtet ist.¹⁵ Das Deckungsverhältnis zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden ist dem Empfänger gleichgültig, ihm geht es allein um die Befriedigung wegen seiner Forderung im Valutaverhältnis.¹⁶ Zum Empfang der ihm vom Angewiesenen angebotenen Leistung als Erfüllung der Valutaschuld des Anweisenden bedarf der Empfänger keiner Ermächtigung des Anweisenden.¹⁷ Selbst wenn man annähme, daß der Angewiesene als Dritter auf das Valutaverhältnis leistete, ergäbe sich die Befugnis des Empfängers zur Annahme der Leistung aus § 267. Umso mehr darf der Empfänger die Anweisungsleistung annehmen, die ihm gegenüber als mittelbare Leistung des Anweisenden, seines Schuldners, wirkt.

¹¹ § 784 I arg. e contr. Vgl. Larenz SchR II § 67 II b (S. 459).

¹² Vgl. Ludewig, S. 65/66.

¹³ Vgl. dazu Larenz aaO.

¹⁴ Vgl. Mot. II, 557; v. Tuhr JhJ 48 (1905), 28.

¹⁵ v. Tuhr aaO.

¹⁶ Vgl. Larenz SchR II § 67 II b (S. 459).

¹⁷ Vgl. v. Tuhr JhJ 48 (1905), 29; Jung JhJ 69 (1920), 82; Leonhard SchR II, S. 364; Ulmer, Recht der Wertpapiere, S. 138; Larenz SchR II § 67 II b (S. 459). a. A. Wieland AcP 95 (1904), 189.

Eine Möglichkeit, der Ermächtigung des Empfängers einen Inhalt zu geben, wäre die Konstruktion der Anweisungsleistung als Leistung des Deckungsschuldners (Angewiesenen) an einen Dritten mit Zustimmung des Gläubigers (Anweisenden) gem. §§ 362 II, 185. Nach Ansicht des Gesetzgebers¹⁸ bedeutet die Annahme der Leistung durch einen Dritten mit Erfüllungswirkung eine Verfügung des Dritten über die Forderung. Die Zustimmung des Deckungsgläubigers (Anweisenden) zur Leistung des Angewiesenen an einen Dritten (Empfänger) käme damit einer Ermächtigung des Dritten gleich. Freilich spricht nichts dafür, daß sich der Gesetzgeber den Inhalt der Ermächtigung des Empfängers durch die Anweisung in dieser Weise vorgestellt hätte.¹⁹ Diese Auffassung würde auch nur für die Anweisung auf Schuld passen. Sie vermag das Phänomen der Simultanleistung im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis nicht zu erklären. Im übrigen ist die Konstruktion der Erfüllung als einer Verfügung über die Forderung heute allgemein aufgegeben.²⁰

Demgegenüber sieht v. Tuhr²¹ die Bedeutung der Ermächtigung des Empfängers darin, daß dieser kraft der Ermächtigung die Leistung *vom Anweisenden* und mit Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis erwirbt. Mit einer Ermächtigung nur des Angewiesenen sei diese rechtliche Wirkung nicht zu erzielen. Nach dieser Ansicht wirkt der Empfänger aktiv dabei mit, der vom Angewiesenen „für Rechnung“ des Anweisenden erbrachten Leistung die rechtliche Bedeutung einer mittelbaren Leistung des Anweisenden an ihn zu geben. Er greift damit in die rechtliche Sphäre des Anweisenden ein und bedarf dessen Ermächtigung. So gesehen besteht volle Symmetrie zwischen der Leistung und dem Leistungsempfang „für Rechnung“ des Anweisenden, zwischen den Ermächtigungen des Angewiesenen und des Empfängers. Es wäre eine echte Doppelermächtigung gegeben, wie sie der Wortlaut des § 783 nahelegt. Freilich läßt diese Vorschrift auch andere Auslegungen zu. Es ist daher nach teleologischen Gesichtspunkten zu prüfen, ob v. Tuhrs Auffassung der „Ermächtigung“ des Empfängers begründet ist. Maßgeblich sind die Leistungs- und Rückabwicklungsinteressen der Parteien, die deren Willen bei der Erteilung der Anweisung und beim Vollzug der Anweisungsleistung bestimmen.

Eine Mitwirkung des Empfängers bei der Leistung des Angewiesenen „für Rechnung“ des Anweisenden ist notwendig, soweit der Leistungsgegenstand tatsächlich entgegengenommen werden muß oder die Leistung durch einen dinglichen Vertrag vollzogen wird (§§ 398 ff., 929 ff. usw.). Der Empfänger kann in diesen Fällen die Leistung nur so, wie sie ihm angeboten wird, annehmen oder ablehnen, zumal er gegen den Angewiesenen keinen Anspruch auf Leistung hat. Der Empfänger hat, was den Inhalt der Anweisungsleistung angeht, keinerlei Mitbestimmungsrecht, kann diesen vor allem nicht durch einseitige Bestimmung bei der Annahme ändern. Bietet der Angewiesene eine Leistung „für Rechnung“ des Anweisenden an und erkannte der Empfänger dies oder mußte er es erkennen, so kommt, wenn der

¹⁸ Vgl. §§ 362 II, 185 und §§ 1812, 1813. S. o. § 2 N. 49.

¹⁹ Vgl. Mot. II, 557 ff.

²⁰ Vgl. oben § 2 N. 49.

²¹ JhJ 48 (1905), 29.

Empfänger die Leistung annimmt, eine Anweisungsleistung zustande, auch wenn er die Leistung „als Eigenleistung“ des Angewiesenen entgegennimmt (*protestatio facto contraria*). Dem entspricht die dogmatische Regel, in allen Fällen, in denen durch Vertrag eine Leistung vollzogen (z. B. Eigentum oder ein anderes Recht übertragen) wird, nur den Veräußerer als Verfügenden anzusehen und nur *seine* Verfügungsbefugnis als Voraussetzung der Wirksamkeit des Leistungsgeschäfts anzusehen. Zwar ist die Mitwirkung des Erwerbers für das Zustandekommen des Verfügungsvertrages notwendig, doch verfügt er nicht über den Gegenstand der Zuwendung und das Vermögen, aus dem dieser stammt. Nun ist die Leistung des Angewiesenen „für Rechnung“ des Anweisenden nichts weiter als ein beliebiges Zuwendungsgeschäft, etwa eine Übereignung nach §§ 873, 925 mit dem Zusatz, daß der Angewiesene an den Empfänger nicht direkt, sondern auf dem Umweg über den Anweisenden veräußert. Darum gilt für sie dasselbe wie für alle Veräußerungsgeschäfte: Der Angewiesene veräußert „für Rechnung“ des Anweisenden, greift dadurch in die Rechtssphäre des Anweisenden ein und bedarf daher der Ermächtigung durch die Anweisung. Der Empfänger hingegen verfügt nicht, auch wenn die Leistung einen dinglichen Vertrag und damit sein Einverständnis erfordert. Er bedarf daher auch keiner „Ermächtigung“ in dem für den Angewiesenen geltenden Sinn.

Die Ermächtigung des Empfängers, von der § 783 spricht, ist keine Ermächtigung im technischen Sinn. Sie ist bloße „Formallegitimation“,²² d. h. die Anweisungsurkunde weist den Empfänger gegenüber dem Angewiesenen als Leistungsadressaten aus, an den dieser „für Rechnung“ des Anweisenden leisten kann.²³ Die Ermächtigung des Empfängers besteht jedoch auch bei der mündlichen und der an den Angewiesenen gerichteten (direkten) Anweisung, hat also nicht eine bloße Information des Angewiesenen über die Person des Empfängers oder einen Nachweis über dessen Identität zum Inhalt. Sie ist *Empfangszuständigkeit* in dem Sinne, daß die Wirkungen der Anweisungsleistung gegenüber dem Anweisenden nur bei Leistung an den von ihm bezeichneten Empfänger eintreten. Die Leistung an einen anderen Adressaten ist von der Anweisung nicht gedeckt, es liegt ein Anweisungsmangel vor.²⁴

3. Die Anweisung als Rechtsgeschäft

Als Ermächtigung ist die Anweisung Rechtsgeschäft, einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.²⁵ Es finden daher die allgemeinen für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften Anwendung (§§ 104ff., 119ff., 130, 133, 157 usw.). Die Anwei-

²² Doris, S. 7.

²³ Jung JhJ 69 (1920), 82; Leonhard SchR II, S. 369; Doris aaO; Larenz SchR II § 67 II b (S. 460).

²⁴ Dazu s. u. § 5 IV.

²⁵ H. M.; vgl. Enneccerus/Lehmann SchR § 203 I 2 a (S. 828); Esser/Weyers SchR II § 43 II (S. 336/337); Kupisch WM Sonderbeilage 3/1979, S. 5; U. Meyer, S. 61/62 (zumindest rechtsgeschäftsähnliche Erklärung).

sung kann durch mündliche Erklärung oder durch Ausstellung und Begebung einer Urkunde, durch Erklärung gegenüber dem Angewiesenen (intern) oder gegenüber dem Empfänger (extern) erteilt werden (analog §§ 167 I, 182 I). Die Anweisung ist typischerweise abstrakt: Sie wird durch ein eigenes vom Deckungsverhältnis (interne Anweisung) oder Valutaverhältnis (externe Anweisung) zu unterscheidendes Rechtsgeschäft erteilt. Ihr Bestand ist von der Wirksamkeit des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses unabhängig,²⁶ falls nicht ausnahmsweise ein Bedingungsverhältnis vereinbart wurde oder Anweisung und Kausalverhältnis eine Geschäftseinheit im Sinne des § 139 bilden.²⁷ Die Abstraktion der Anweisung beruht nicht auf einem Rechtsprinzip, das – wie etwa das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip – der Parteiautonomie Schranken setzt. Wenn die Anweisung in aller Regel abstrakt erteilt wird, also bei einem Mangel der Kausalverhältnisse wirksam bleiben soll, so liegt dies daran, daß die Anweisung nach dem Willen der Beteiligten gerade für den Fall der Rückabwicklung der Kausalverhältnisse eine wichtige Funktion hat: Sie ist die Grundlage dafür, daß die Anweisungsleistung wie eine Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger wirkt, eine gegenseitige Rückabwicklung im Rahmen der Kausalverhältnisse stattfinden kann.²⁸ Diese Abwicklung dient vor allem dem Interesse des Angewiesenen, der der Anweisung freiwillig Folge leistet und sich auf eine Leistung, die er bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses vom Empfänger kondizieren müßte, nicht einlassen würde. Daher ist die Anweisung in der Regel als abstrakte Ermächtigung auszulegen.

II. Andere Charakteristika der Anweisung

1. Die Anweisung als Aufforderung zur Leistung

Die Anweisung enthält die an den Angewiesenen gerichtete *Aufforderung*, an den Empfänger zu leisten.²⁹ Eben dieses Moment war angesprochen, wenn im römischen und gemeinen Recht die Anweisung als „iussus“ bezeichnet wurde.³⁰ Es steht nicht im Widerspruch zu der Lehre von der Anweisung als Ermächtigung des Angewiesenen. Die Aufforderung des Angewiesenen zur Leistung an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden und die Ermächtigung dazu hängen vielmehr eng zusammen.³¹ Für die Rechtsfolgen der Anweisungsleistung ausschlaggebend ist jedoch die Ermächtigung,³² während der Appell an den Angewiesenen auch fehlen

²⁶ Mot. II, 557; Palandt/Thomas § 783 Anm. 3; Esser/Weyers SchR II § 43 II (S. 336); Wendt, S. 19; Kupisch WM Sonderbeilage 3/1979, S. 8; a. A. Wieland AcP 95 (1904), 169.

²⁷ Vgl. Palandt/Thomas § 783 Anm. 3.

²⁸ Vgl. u. § 5 IV.

²⁹ Mot. II, 557; vgl. auch Heck SchR § 133, 2 (S. 399); Ulmer, Recht der Wertpapiere, S. 134; Riehl, S. 2/3.

³⁰ Vgl. etwa Mot. II, 558; Paulus D. 50, 17, 180; v. Lübtow, Beiträge, S. 32f., 39. S. o. N. 1.

³¹ Larenz SchR II § 67 II a (S. 458).

³² Larenz aaO (S. 458/459).

kann. In der Ermächtigung des Angewiesenen liegt dann zugleich die *Erlaubnis* oder Gestattung, an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden zu leisten.³³ Die rechtliche Bedeutung der Leistungsaufforderung oder Gestattung liegt darin, daß sie dem Angewiesenen im Innenverhältnis zum Anweisenden die Befugnis gibt, von der ihm erteilten Ermächtigung gegenüber dem Empfänger Gebrauch zu machen, und ihn für das Valutaverhältnis zum Erfüllungsgehilfen (§ 278) des Anweisenden bestellt.³⁴ Die Befolgung der Anweisung steht in jedem Fall im Belieben des Angewiesenen, der im Deckungsverhältnis nur (direkte) Leistung an den Anweisenden schuldet.³⁵

2. Die Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis

Durch die Leistung des Angewiesenen „für Rechnung“ des Anweisenden erhält der Empfänger eine (mittelbare) Zuwendung des Anweisenden, mit der dieser in der Regel die Erfüllung einer Schuld gegenüber dem Empfänger im Valutaverhältnis beabsichtigt. Die Zuwendung muß daher durch Tilgungsbestimmung auf die Valutaschuld bezogen werden. Da der Anweisende zuwendet, kann nur er oder ein Dritter mit seiner Zustimmung diese Tilgungsbestimmung treffen. Sie wird am einfachsten vom Anweisenden selbst gegenüber dem Empfänger erklärt. Dies geschieht bei der indirekten Anweisung (§ 783, Scheck usw.), die dem Empfänger zur Weiterleitung an den Angewiesenen erteilt wird, im Zusammenhang mit der mündlichen Anweisungserklärung oder der Begebung der Anweisungsurkunde. Aber auch bei der direkten, an den Angewiesenen gerichteten, Anweisung erklärt der Anweisende häufig selbst die Tilgungsbestimmung und beauftragt den Angewiesenen, sie als Bote an den Empfänger weiterzugeben.³⁶ So trägt bei der Giroüberweisung der Kunde (*Anweisende*) den „Verwendungszweck“ selbst in das entsprechende Feld des Überweisungsformulars ein. Diese Angabe ist nicht für die Bank (*Angewiesene*), sondern für den Empfänger bestimmt,³⁷ dem die Bank den „Überweisungsträger“ mit der Erklärung des Kunden (*Anweisenden*) über den Verwendungszweck übermittelt. Demgegenüber vertritt *Beuthien*³⁸ die Ansicht, der Angewiesene erbringe nicht nur die Zuwendung an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden, sondern er treffe auch die Tilgungsbestimmung für sie auf Anweisung und mit Ermächtigung des Anweisenden. Dies ist rechtlich möglich. Die Erklärung des Angewiesenen hat dann dieselbe Rechtswirkung wie eine vom Anweisenden selbst getroffene Tilgungsbestimmung. Daher kommt es im allgemeinen nicht darauf an, ob der Angewiesene im eigenen Namen mit Ermächtigung des Anweisenden die Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis trifft oder eine vom

³³ Windscheid, Festschr. f. Otto Müller, S. 5.

³⁴ Vgl. Koppensteiner/Kramer, S. 38/39.

³⁵ Riehl, S. 3.

³⁶ Vgl. Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 821.

³⁷ Canaris in HGB-RGRK Anh. § 357 Rn. 154; Schütz WM 63, 634 m. w. N.

³⁸ S. 298 und JZ 68, 325.

Anweisenden erklärte Tilgungsbestimmung als Bote überbringt. Zu unterscheiden wäre jedenfalls danach, wie das Auftreten des Angewiesenen, bei Berücksichtigung bestehender Verkehrssitten, vom Empfänger zu verstehen war.

III. Die Leistung „für fremde Rechnung“

Der Begriff der Anweisung als der Ermächtigung des Angewiesenen zur Leistung „für Rechnung“ des Anweisenden bleibt leer, solange diese Leistung, ihr rechtsgeschäftlicher Tatbestand und ihre Rechtsfolge nicht näher bestimmt sind.

1. Die herrschende Meinung

Die Vertreter der h. M. führen in aller Regel nicht näher aus, was Leistung des Angewiesenen „für Rechnung“ des Anweisenden bedeutet. Sie wiederholen den Wortlaut des § 783 und gehen ohne weiteres von den allgemein anerkannten Rechtsfolgen der Anweisungsleistung aus: Durch diese wird simultan die Deckungsschuld des Angewiesenen und die Valutaschuld des Anweisenden erfüllt. Bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses oder Valutaverhältnisses findet die Leistungskondition zwischen den Parteien des mangelhaften Kausalverhältnisses statt. Leistung des Angewiesenen „für Rechnung“ des Anweisenden heißt demnach, daß aufgrund der Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger im Verhältnis zum Anweisenden diese Wirkungen eintreten. Wie sie auf den Anweisenden erstreckt werden, wird meist nicht erörtert.

Den konsequentesten Versuch einer Konstruktion der Anweisungsleistung unternimmt *Weitnauer*.³⁹ Im Deckungsverhältnis wie im Valutaverhältnis wird nach ihm eine Zweckvereinbarung geschlossen, die die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger auf das Kausalverhältnis bezieht und zur Erfüllung in ihm geeignet macht. Die Anweisung sei die Erklärung des Anweisenden, die von seiner Seite zum Abschluß der Zweckvereinbarungen beitrage. Daß aus der Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger Leistungen des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger werden, sei die Wirkung einer „Umleitung der Leistung durch die Zweckbestimmung“.⁴⁰ Die Zweckbestimmung stellt jedoch, auch als Vertrag des Zuwendenden mit dem Gläubiger, allgemein nur den Bezug zwischen Zuwendung und Kausalverhältnis her,⁴¹ verändert die Parteien der Leistung nicht, macht nicht aus einer Zuwendung eine Leistungskette. Hier wird der Zweckbestimmung eine ihr fremde Funktion übertragen. Anders gesagt: Der Wille der Parteien, die Anweisungswirkungen zustande zu bringen, wird als „Zweckbestimmung“ der Leistung nicht zutreffend konstruiert. Die vorliegende Arbeit unter-

³⁹ Festschr. f. v. Caemmerer, S. 266 ff., 280 ff.

⁴⁰ Weitnauer aaO, S. 281 nach Krefß, Allg. Schuldrecht, S. 51.

⁴¹ S. o. § 2 III 1.

scheidet die Zweckbestimmung in dem angedeuteten eingeschränkten Sinn klar von der Anweisung, interpretiert die Anweisung und die Leistung des Angewiesenen „für Rechnung“ des Anweisenden anders.

2. Die eigene Ansicht (Durchgangstheorie)

Die folgende Darstellung skizziert zum ersten Mal die in dieser Arbeit vertretene Ansicht. Sie greift damit weit voraus, kann die hier vorgestellte Theorie noch nicht rechtfertigen, weder ihre Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht dartun noch ihre teleologische Begründung geben. Die Durchgangstheorie wird zunächst einfach als logisch-konstruktive Möglichkeit neben andere Theorien gestellt. Dieser Vorgriff erfüllt jedoch einen hermeneutischen Zweck: Er soll ein Vorverständnis der folgenden Ausführungen vermitteln.

a) Tatbestand und Rechtsfolge

Die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden bedient sich derselben Geschäftstypen wie eine einfache Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger. Geht es z. B. um die Übereignung einer beweglichen Sache (§ 929 S. 1), so übergibt der Angewiesene die Sache dem Empfänger und bringt zum Ausdruck, daß er ihm diese im eigenen Namen, aber „für Rechnung“ des Anweisenden übereigne. Dieser äußerlich einheitliche Geschäftsvorgang enthält jedoch zwei Übereignungen: des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger. Die Einigung mit dem Anweisenden vollzieht der Angewiesene analog dem Selbstkontrahieren nach § 181, die Einigungserklärung gegenüber dem Empfänger gibt der Angewiesene als „Vertreter“ des Anweisenden ab (analog §§ 164 ff.). Der Vorgang gleicht damit dem „Geheißerwerb“,⁴² bei dem die Sache ebenfalls in einem räumlich-zeitlich zusammenhängenden Vorgang vom „Angewiesenen“ auf den „Anweisenden“ und sogleich von diesem auf den „Empfänger“ übertragen wird. Nach herrschender Auffassung findet beim „Geheißerwerb“ eine „Doppelveräußerung“ statt.⁴³ Eine Konstruktion dieses Erwerbsvorgangs wird im allgemeinen nicht gegeben. Von Caemmerer und Palandt/Bassenge⁴⁴ nehmen an, daß der Ersterwerber („Anweisende“) als Nichtberechtigter über den Gegenstand verfügt und seine Verfügung wirksam wird, sobald er selbst vom Veräußerer erwirbt (§ 185 II 1, 2. Fall). Der Ersterwerber erwirbt den Gegenstand also nur „im Durch-

⁴² Vgl. dazu BGH 36, 56 (60f.); BGH WM 69, 186 (188); BGH WM 72, 1447 (1448); OLG Stuttgart BB 75, 1131; Wolff/Raiser SaR § 66 I 1 a (S. 235f.); Westermann SaR § 39 III 3 (S. 189); v. Caemmerer JZ 63, 586f.; Picker NJW 74, 1794f.; Wadle JZ 74, 689f.; Lopau JuS 75, 773f.

⁴³ Vgl. BGH WM 69, 186 (188); Soergel/Mühl § 929 Rn. 7; Palandt/Bassenge § 929 Anm. 3; Baur SaR § 51 III 3 (S. 442); v. Caemmerer JZ 63, 587; Wadle JZ 74, 693; vgl. auch Staudinger/Berg § 929 Rn. 18.

⁴⁴ Beide aaO.

gang“, für eine „juristische Sekunde“. Die Einigung (§ 929) kommt durch ein Geschäft des „Angewiesenen“ (Veräußerers) mit dem „Anweisenden“ (Ersterwerber) einerseits, des „Anweisenden“ mit dem Empfänger (Zweiterwerber) andererseits zustande. Die Übergabe wird nur einmal, zwischen dem „Angewiesenen“ und dem „Empfänger“, vollzogen, denn es genügt zugleich für den Erwerb des „Anweisenden“ vom „Angewiesenen“ und für den Erwerb des „Empfängers“ vom „Anweisenden“, daß der „Angewiesene“ die Sache „auf Geheiß“ des „Anweisenden“ an den „Empfänger“ übergibt. Auch beim „Geheißerwerb“ finden also *zwei Übereignungen* nach § 929 statt („Angewiesener“ – „Anweisender“, „Anweisender“ – „Empfänger“).

b) Anweisungsleistung und Vertretergeschäft

Die Ähnlichkeit zwischen Anweisung und Vollmacht, zwischen Zuwendung „für fremde Rechnung“ im Sinne von § 783 und Zuwendung „in fremdem Namen“ nach §§ 164ff. wurde oft hervorgehoben.⁴⁵ Anweisung und Vollmacht sind Ermächtigungen zum Handeln mit rechtlicher Fremdwirkung: „Beide bewirken, wenn auch jede in verschiedener Weise, daß die veranlaßte Thätigkeit der in Bewegung gesetzten Person auf die gebietende zurückwirkt und in deren Rechtsverhältnisse eingreift“.⁴⁶ Wie bei der Stellvertretung⁴⁷ die Kundgabe des Vertretungswillens bestimmt bei der Anweisungsleistung die Erklärung, „für fremde Rechnung“ zu handeln, wen die Rechtsfolgen des Geschäfts treffen. Das Verhältnis des Angewiesenen zum Empfänger, das zutreffend als bloßer „abwicklungstechnischer Kontakt“ gekennzeichnet wurde,⁴⁸ gleicht dem des Stellvertreters zum Geschäftsgegner. Wie der Bevollmächtigte nur entweder im eigenen oder im fremden Namen handeln kann, so kann der Angewiesene nur entweder für eigene oder für fremde Rechnung leisten.⁴⁹ Die bestehende Rechtsähnlichkeit rechtfertigt eine analoge Anwendung der §§ 164ff. auf Probleme des Anweisungsrechts. Hier soll nur die grundsätzliche Möglichkeit dieser Analogie angedeutet werden.

Doch sind die zwischen Anweisung und Vollmacht bestehenden Unterschiede nicht zu verkennen. Die Vollmacht ist typischerweise kausal (§ 168 S. 1), die Anweisung abstrakt.⁵⁰ Die Stellvertretung ist nur bei Rechtsgeschäften möglich, die Anweisungsleistung hingegen auch bei Zuwendungen durch tatsächliches Handeln (Dienstleistungen, Werkleistungen, Besitzübertragung usw.). Über die gesetzliche Wirkung (Tatbestandswirkung) dieser Handlungen können die Parteien im Rahmen der Anweisungsleistung ebenso verfügen wie über die Wirkung ihrer Rechtsgeschäfte. Läßt also der Unternehmer, der dem Bauherrn die Erstellung eines Hauses

⁴⁵ Vgl. Hellwig, Verträge, S. 96f., 99; Lenel AcP 36 (1896), 113; Lent, Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse, 1907.

⁴⁶ Wendt, S. 83f.

⁴⁷ Mot. I, 225.

⁴⁸ Beuthien JZ 68, 324.

⁴⁹ RGRK (Scheffler) § 812 Anm. 49.

⁵⁰ S. o. I 3.

schuldet, durch einen Installateur Heizungsanlagen einbauen und handelt dieser „für Rechnung“ des Unternehmers, so kommt durch den Einbau (§ 946) eine Zuwendung des Installateurs an den Unternehmer (Deckungsverhältnis) und des Unternehmers an den Bauherrn (Valutaverhältnis) zustande.

3. Anweisungsleistung und Zuwendungskette

Die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden hat nach dem Willen der Beteiligten die rechtliche Wirkung einer Zuwendungskette vom Angewiesenen an den Anweisenden, von diesem an den Empfänger.⁵¹ Es ist also davon auszugehen, daß die Parteien mit der Anweisungsleistung für alle Fragen der Leistungsfolgen einschließlich der Rückabwicklung die Lösungen anstreben, die sich bei einer ausgeführten *Zuwendungskette* vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger ergeben. Diese Richtung der Anweisungsleistung auf die Rechtsfolgen der Zuwendungskette wurde häufig gesehen.⁵² So heißt es in den Pandekten: „Perinde sum, quasi exactam a debitore summam tibi donaverim et tu illam ei credideris“.⁵³ „Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset“.⁵⁴ „Heredi videtur solvere, qui voluntate eius alii solvit“.⁵⁵ „Qui mandat solvi, ipse videtur solvere“.⁵⁶ Nach *Riehl*⁵⁷ erklären der Anweisende durch die Anweisung, der Angewiesene bei der Zuwendung an den Empfänger, „daß es so angesehen werden soll, wie wenn der Angewiesene durch Hingabe an den Empfänger an den Anweisenden geleistet und wie wenn der Empfänger durch die Entgegennahme der Leistung des Angewiesenen vom Anweisenden empfangen hätte“. Es ist typisch für die Anweisungsleistung, daß ihre *Wirkung* durch ein „als ob“ oder „wie wenn“ gekennzeichnet wird: Sie hat dieselbe Wirkung, wie wenn eine über den Anweisenden führende Leistungskette vollzogen worden wäre. Ganz ähnlich beschreiben die Motive⁵⁸ die *Wirkung* des Vertretergeschäfts: „Das Geschäft ist ein Geschäft des Vertreters; aber es wird dem Vertretenen so zugerechnet, als ob es von ihm vorgenommen worden wäre“. Weiter wird auf das sächs. G.B. § 788 und den dresd. Entw. Art. 84 hingewiesen, die bestimmten, daß die Willenserklärung des Vertreters so zu gelten habe, als ob sie von dem Vertretenen abgegeben worden sei. Dazu wird in den Motiven bemerkt, eine derartige besondere Stellungnahme zur juristischen Konstruktion der Vertretung sei nicht Sache des Gesetzes und der

⁵¹ S. u. § 4 II 2.

⁵² Vgl. Savigny System IV, S. 590f.; v. Salpius, S. 55; Riehl, S. 3, 13; Kupisch, S. 22f.; Krawielicki JhJ 81 (1931), 349; H. P. Westermann JuS 68, 19f. *Einschränkend*: Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 822.

⁵³ Celsus D. 39, 5, 21, 1.

⁵⁴ Paulus D. 50, 17, 180.

⁵⁵ Africanus D. 40, 7, 15, 1.

⁵⁶ Paulus D. 46, 3, 56.

⁵⁷ AaO; ähnlich Savigny aaO.

⁵⁸ I, 226.

Entwurf lasse in §§ 117, 118 keinen Zweifel daran, daß er diesen Standpunkt ebenfalls einnehme.⁵⁹

Daß die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden *kraft Rechtsgeschäfts* die Wirkung einer vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger führenden Leistungskette hat, wird an den angeführten Stellen zum Teil so verstanden, daß die Beteiligten eine solche Zuwendungskette durch Rechtsgeschäft *fingieren*.⁶⁰ Dies spricht wiederum *Riehl*⁶¹ klar aus: Wenn die Anweisung vollzogen ist, „dann tritt die doppelte Fiktion des Gebens und Nehmens in der Person des Deleganten ein“. An dieser Stelle soll nur gezeigt werden, daß es einer solchen Fiktion nicht bedarf, um die eigentümlichen Rechtsfolgen der Anweisungsleistung zu konstruieren.⁶² Dies macht ein Vergleich mit dem Vertretergeschäft nach §§ 164 ff. deutlich. Das Vertretergeschäft wirkt für und gegen den Vertretenen, wie wenn dieser selbst das Geschäft abgeschlossen hätte, aufgrund der Fremdwirkung des vom Vertreter „im Namen des Vertretenen“ abgeschlossenen Geschäfts. Die Wirkung gegenüber dem Vertretenen ist eine direkte Rechtsfolge des Vertretergeschäfts. Es wird also nicht zunächst aufgrund des Vertretergeschäfts fingiert, der Vertretene habe selbst mit dem Geschäftsgegner abgeschlossen, um auf diese Weise die Wirkungen eines „Eigengeschäfts“ des Vertretenen eintreten zu lassen. Dasselbe gilt nach der hier vertretenen Ansicht für die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden. Auch hier ist die Fiktion einer (durchgeführten) Zuwendungskette vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger überflüssig. Die Zuwendungswirkung gegenüber dem Anweisenden ist eine direkte Rechtsfolge (Fremdwirkung) des zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger „für seine Rechnung“ abgeschlossenen Zuwendungsgeschäfts. Die Parteien wollen nicht fingieren, daß eine Zuwendungskette stattgefunden hat, sondern sie wollen eine Zuwendungskette auf abgekürztem Weg, aber *wirklich* vollziehen. Der Vergleich mit der gewöhnlichen Zuwendungskette vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger bestimmt nach dem Willen der Parteien die *Rechtsfolgen* der Zuwendung „für Rechnung“ des Anweisenden.

Andererseits ist nicht zu verkennen, daß die Leistung „für fremde Rechnung“ in manchen Fällen einer *Fiktion* gleichkommt: Die Rechtsfolge eines Durchgangserwerbs des Anweisenden tritt auch dort ein, wo ein solcher Zwischenerwerb und eine Weitergabe des Zuwendungsgegenstands an sich unmöglich ist. Verpflichtet sich der Reiseveranstalter, die Gesamtheit der Reiseleistungen in eigener Verantwortung zu erbringen (vgl. § 651 a),⁶³ so sind seine Verträge mit den Leistungsträgern (Fluggesellschaft, Hotel usw.) in der Regel einfache (ermächtigende) Verträge zugunsten

⁵⁹ Mot. I, 225.

⁶⁰ Riehl, S. 13; Mantzoufas, S. 19. S. u. § 4 II 2 a (zum Römischen Recht), § 4 II 2 c.

⁶¹ AaO.

⁶² Vgl. die Stellungnahme unten § 4 II 2 c.

⁶³ Eingefügt durch das Reisevertragsgesetz vom 4. 5. 1979 (BGBl. I 509), in Kraft ab 1. 10. 1979.

des Reisenden. Nimmt etwa ein Hotel in Indien den Reisenden auf, so leistet es „für Rechnung“ des Reiseveranstalters.⁶⁴ Es treten dieselben Rechtsfolgen ein, wie wenn das Hotel an den Veranstalter geleistet, dieser die Leistung an den Reisenden weitergegeben hätte. Daß eine solche Weitergabe in Wirklichkeit unmöglich ist, hindert nicht, ihre Rechtsfolgen anzunehmen, um eine Abwicklung zwischen dem Reisenden und dem Reiseveranstalter zu sichern. Sie liegt, vor allem bei Auslandsreisen, im Interesse des Reisenden.⁶⁵ Die Anweisungsleistung dient also nicht nur dazu, die Rechtsfolgen einer real möglichen Zuwendungskette durch „abgekürzte Zuwendung“ zu erzielen, sondern sie gestattet es, das Abwicklungsmodell einer über einen Dritten (Anweisenden) führenden Zuwendungskette auch dort anzuwenden, wo tatsächlich nur eine direkte Zuwendung zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger möglich, eine „Weitergabe“ der Zuwendung innerhalb einer Kette ausgeschlossen ist.

4. Anweisung und mittelbare Leistung

Schon v. *Salpius*⁶⁶ nimmt an, daß die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger (Vollzugsleistung) „indirekte Leistungen“ des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger „enthalte“.⁶⁷ Die Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden ist insofern „mittelbar“, als sie durch einen *Leistungsvorgang* zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger (mit Fremdwirkung) vollzogen wird. Prinzip der mittelbaren Leistung ist hier die (teilweise) Übertragung der Wirkung eines Leistungsgeschäfts auf einen Dritten. In ähnlichem Sinn werden bei der Zuwendung durch einen Stellvertreter (§§ 164 ff.) die Geschäftswirkungen auf den Vertretenen übertragen, so daß man auch dort von einer „mittelbaren Zuwendung“ des Vertretenen sprechen könnte. Die Bezeichnung der Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden und des Anweisenden an den Empfänger als „mittelbare Leistung“ betrifft nur den Leistungsvorgang, die Erfüllung des Tatbestandes, der die Leistungsfolgen auslöst, nicht die Rechtsfolge: Was die *Rechtswirkung* der Leistung angeht, leistet der Angewiesene „direkt“ an den Anweisenden, der Anweisende „direkt“ an den Empfänger. Insofern gibt es keinen Unterschied zwischen „direkter“ und „mittelbarer“ Leistung. Ob die Leistungshandlung oder das Leistungsgeschäft zwischen dem Anweisenden und dem Empfänger stattfindet oder ob dem Anweisenden das zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger „für seine Rechnung“ vollzogene Zuwendungsgeschäft zugerechnet wird: In beiden Fällen hat der Anweisende bewußt und gewollt das Vermögen des Empfängers vermehrt, eine

⁶⁴ Nach allgemeiner Ansicht findet beim einfachen Vertrag zugunsten Dritter eine Anweisungsleistung (Leistung des Verprechenden an den Dritten „für Rechnung“ des Versprechensempfängers) statt. S. u. § 11 I.

⁶⁵ S. u. § 4 II 1 b.

⁶⁶ S. 55.

⁶⁷ Ihm folgen Wendt, S. 23; Windscheid, Festschr. f. Otto Müller, S. 3; Wieland AcP 95 (1904), 166 m. w. N.

Zuwendung an ihn erbracht. In beiden Fällen ist der Anweisende Leistender, der Empfänger Leistungsempfänger.

Nach einer verbreiteten Vorstellung kommen die mittelbaren Leistungen bei der Anweisung durch *Leistungs- und Empfangsmittlung* zustande.⁶⁸ Danach nimmt der Empfänger den Leistungsgegenstand als Empfangsmittler des Anweisenden entgegen und vermittelt so eine Zuwendung des Angewiesenen an den Anweisenden. Zugleich wendet der Angewiesene den Leistungsgegenstand als Leistungsmittler des Anweisenden dem Empfänger zu und vollzieht damit eine mittelbare Zuwendung des Anweisenden an den Empfänger. Dieses Modell besitzt, wenn man jede der beiden (mittelbaren) Zuwendungen für sich betrachtet, eine gewisse Plausibilität, da es sich eng an die Stellvertretung nach §§ 164 ff. anlehnt. Es beruht jedoch auf der Annahme, daß der Angewiesene zugleich Leistungsmittler (hinsichtlich der Zuwendung des Anweisenden an den Empfänger) und selbst Leistender (hinsichtlich seiner Zuwendung an den Anweisenden) ist. Der Empfänger ist einmal Empfangsmittler (bei der Zuwendung des Angewiesenen an den Anweisenden), zum anderen selbst Leistungsempfänger (bei der Zuwendung des Anweisenden an ihn). Dabei wird von einer einzigen „tatsächlichen“ Leistung, des Angewiesenen an den Empfänger, ausgegangen, die durch die Konstruktion der Leistungs- und Empfangsmittlung die „rechtliche Bedeutung“ zweier mittelbarer Leistungen, des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger, bekommen soll. Dieses Modell der Anweisungsleistung ist jedoch in sich widersprüchlich. Hinsichtlich desselben Leistungsvorgangs kann der Empfänger nicht zugleich Leistungsempfänger und Empfangsmittler des Anweisenden, der Angewiesene nicht zugleich Leistender und Leistungsmittler des Anweisenden sein. Dieser Widerspruch ist auch nicht durch die Annahme zu lösen, der Angewiesene sei „im Verhältnis zum Anweisenden“ Leistender, „im Verhältnis zum Empfänger“ Leistungsmittler des Anweisenden, der Empfänger sei „im Verhältnis zum Anweisenden“ Leistungsempfänger, „im Verhältnis zum Angewiesenen“ Empfangsmittler des Anweisenden.⁶⁹ Hinsichtlich ein und derselben Zuwendung kann der Angewiesene nur entweder Leistender oder Leistungsmittler, der Empfänger nur Leistungsempfänger oder Empfangsmittler sein, denn die Rechtsstellung des Leistenden oder des Leistungsempfängers ist ein Zuordnungs- oder Zuständigkeitsverhältnis, eine dingliche Bestimmung der Zuwendung, die gegenüber jedermann gilt. Das Modell der „Leistungsmittlung“ scheitert endgültig daran, daß es nicht zu erklären vermag, wie aus *einer* direkten Leistung (des Angewiesenen an den Empfänger) *zwei* mittelbare Leistungen (des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger) werden. Bei der Stellvertretung nach §§ 164 ff., der die Rechtsfigur der „Leistungsmittlung“ nachgebildet ist, werden – selbst bei einer Stellvertretung auf beiden Partiseiten –

⁶⁸ Larenz SchR II § 68 I a (S. 469); vgl. auch Esser SchR II § 101 I 1 (S. 345 f.); Rothoef AcP 163 (1963), 229 f.

⁶⁹ Offenkundig ist die Widersprüchlichkeit der Behauptung, der Angewiesene sei bei der angenommenen Anweisung *gegenüber dem Empfänger* nicht nur Leistungsmittler des Anweisenden, sondern zugleich selbst Leistender (so Koppenssteiner/Kramer, S. 45).

aus *einem* Geschäft niemals *zwei*. Aber diese Aufgabe, aus *einer* Leistung *zwei* zu machen, ist überhaupt unlösbar; sie ist falsch gestellt. Es findet *entweder* eine direkte Leistung des Angewiesenen an den Empfänger *oder* es finden zwei (indirekte) Leistungen (des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger) statt; diese Leistungsalternativen schließen sich aus. Die über den Anweisenden führende Leistungskette wird *nicht durch* eine direkte Eigenleistung des Angewiesenen an den Empfänger vollzogen, sondern *an deren Stelle* durch einen *Leistungsvorgang* zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger *mit Fremdwirkung* „für Rechnung“ des Anweisenden. Eine Leistung des Angewiesenen an den Empfänger „für eigene Rechnung“ findet bei der Anweisungsleistung von vornherein nicht statt. Der Angewiesene leistet an den Empfänger, aber „für Rechnung“ des Anweisenden. Es ist ausgeschlossen, zugleich eine direkte Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger und hinsichtlich desselben Gegenstandes zugleich eine Kette von Zuwendungen des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger anzunehmen. Der Empfänger kann denselben Gegenstand nicht zugleich und jeweils selbständig vom Angewiesenen und vom Anweisenden empfangen. Wer annimmt, daß die beiden mittelbaren Leistungen im Deckungs- und Valutaverhältnis durch eine direkte Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger vollzogen werden,⁷⁰ muß zumindest diese direkte Zuwendung irgendwie annullieren, sobald die beiden mittelbaren Zuwendungen wirksam sind. Sonst könnten nicht für die Leistungskondition und andere Leistungsfolgen ausschließlich die beiden mittelbaren Zuwendungen maßgebend sein.⁷¹

Um den Widerspruch zwischen der gleichzeitigen Annahme einer direkten Leistung des Angewiesenen an den Empfänger und der mittelbaren Leistungen in den Kausalverhältnissen auszuräumen, schränkt man ein: Der Angewiesene leiste an den Empfänger nur „in tatsächlicher Hinsicht“ oder „wirtschaftlich“, „im Rechtssinn“ hingegen leiste der Angewiesene an den Anweisenden, dieser an den Empfänger.⁷² Dabei wird übersehen, daß die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger, also etwa eine von der h. M. angenommene Zession oder Übereignung des Angewiesenen an den Empfänger, eine Zuwendung „im Rechtssinn“ ist. Gemeint könnte indessen etwas anderes sein: Die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden bildet den *Tatbestand* für die *Rechtsfolge* einer Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger. Damit wird zwischen zwei Ebenen des Zuwendungsrechts unterschieden: dem Recht der Güterzuordnung, insbesondere dem Sachenrecht und dem Recht der

⁷⁰ Daß eine unmittelbare Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger gegeben ist, bezeichnet Gerhardt (Gläubigeranfechtung, S. 198) als „gesicherten Ausgangspunkt“; eine solche Zuwendung lasse sich „nicht ernsthaft in Zweifel ziehen“ (S. 199). Noch entschiedener Kupisch, S. 18 N. 32, S. 19, 21, 26, 38 N. 93, S. 55.

⁷¹ S. u. insbes. § 8 III (zur angenommenen Anweisung) und § 12 IV (zum berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter).

⁷² Vgl. BGH 68, 70 (73); OLG Celle WM 76, 170; OLG Koblenz WM 76, 94 (95); Koppensteiner/Kramer, S. 39, 45; Riehl, S. 3; Hellwig, Verträge, S. 136 ff.; Kupisch, S. 56 f. *Dagegen* Larenz SchR II, 10. Aufl., § 68 Ia (S. 405 N. 2): Diese Unterscheidung sei verwirrend.

dinglichen Verfügungen einerseits und einem allein für die Zwecke der Leistungskondition konzipierten „Leistungsrecht“ andererseits, das die normalen Wirkungen dinglicher Zuwendungsgeschäfte so umgestaltet, daß eine Abwicklung innerhalb der Kausalverhältnisse möglich wird. Aufgrund einer Übereignung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden wird die Leistungskondition durchgeführt, wie wenn der Angewiesene an den Anweisenden, dieser an den Empfänger übereignet hätte. Diese Zweistufigkeit der Rechtsfolgen der Anweisungsleistung und die Voraussetzung, daß ihre „leistungsrechtliche“ (bereicherungsrechtliche) Wirkung der dinglichen (sachenrechtlichen) Wirkung widerspricht, sind abzulehnen. Sie lassen sich nicht konstruieren: Die Zuwendung, auf der die Leistung des § 812 I 1, 1. Alt. aufbaut, ist die normale dingliche Zuwendung. Sie wird zur Leistung durch eine Zweckbestimmung des Zuwendenden, die weder Inhalt noch Richtung der Zuwendung ändert, sondern die Zuwendung einem Zweck widmet, in der Regel den Bezug zu einem Schuldverhältnis herstellt. Die Parteien von Zuwendung und Leistung stimmen danach überein.⁷³ Diese konstruktive Überlegung wird dadurch bestätigt, daß es dieselben *Wertungskriterien* sind, nach denen die Parteien bestimmt werden, gegenüber denen die dinglichen und schuldrechtlichen Rechtsfolgen der Anweisungsleistung eintreten.⁷⁴ Entspricht eine direkte Zuwendung und Leistung des Angewiesenen an den Empfänger nicht dem Leistungs- und Rückabwicklungsinteresse der Parteien, so müssen und werden sie von vornherein auf der Ebene der dinglichen Verfügung eine vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger führende Zuwendungs- und Leistungskette vollziehen. Freilich geschieht dies bei der Anweisungsleistung, um der Vorteile der „abgekürzten Leistung“ willen, durch einen *Leistungsvorgang*, dessen tatsächliche und rechtsgeschäftliche Elemente ohne unmittelbare Beteiligung des Anweisenden vollzogen werden, als dessen *Rechtsfolge* jedoch eine Zuwendung und Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger eintritt. „Tatsächlich“ und „rechtlich“ leistet der Angewiesene an den Anweisenden, der Anweisende an den Empfänger. Schließt der Angewiesene das Zuwendungsgeschäft mit dem Empfänger ähnlich einem Stellvertreter des Anweisenden (§§ 164 ff.), so kommt neben der Wirkung der Zuwendung gegenüber dem Anweisenden (Leistungskette) nicht auch noch eine Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger zustande, wie neben dem Geschäft zwischen dem *Vertretenen* und dem Gegner kein Vertragsverhältnis zwischen dem *Vertreter* und dem Gegner begründet wird.

IV. Arten der Anweisung

Die §§ 783 ff. BGB regeln die schriftliche Anweisung, die „indirekt“ (extern, §§ 167 I, 182 I) durch Begebung der Anweisungsurkunde an den Empfänger, erteilt wird und auf die Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sa-

⁷³ Anders insbes. Weitnauer, Festschr. f. v. Caemmerer, S. 280 f.; dazu s. o. unter 1.

⁷⁴ Vgl. insbes. unten § 7.

chen gerichtet ist (vgl. § 783). Diese Regelung soll jedoch die rechtliche Möglichkeit davon abweichender Gestaltungen der Anweisung nicht ausschließen.⁷⁵ Daher sind – innerhalb der allgemeinen Grenzen der Privatautonomie – auch mündliche,⁷⁶ „direkte“ (interne, §§ 167 I, 182 I), d. h. gegenüber dem zu Ermächtigenden (Angewiesenen) erklärte⁷⁷ und auf andere Leistungen, z. B. nicht vertretbare Sachen, Dienst- oder Werkleistungen gerichtete⁷⁸ Anweisungen wirksam. Auf sie werden aus den §§ 783 ff. die jeweils passenden Vorschriften entsprechend angewandt.⁷⁹ Im übrigen sind für die rechtliche Behandlung dieser Fälle der Anweisung allgemeine Rechtsgrundsätze und, soweit sich ein solcher ermitteln läßt, der Wille der Beteiligten maßgebend.⁸⁰

Aufgrund der gesetzlichen Regelung der §§ 783 ff. hatte sich ein bestimmter Begriff der Anweisung gebildet. Wesentlich für sie waren einmal die Ermächtigung des Angewiesenen, an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden zu leisten (rechtliches Können, Außenverhältnis), andererseits die Aufforderung des Angewiesenen zu dieser Leistung oder ihre Gestattung (rechtliches Dürfen, Innenverhältnis). Wesen und Begriff der Anweisung werden jedoch nicht nur durch die gesetzliche Regelung, sondern ebenso von den Geschäftsformen des Rechtsverkehrs geprägt. Ein Überblick über die heute anerkannten Anweisungsfälle mag daher zur Überprüfung des gewonnenen Anweisungsbegriffs dienen.

Besondere Beachtung verdient die „Giroüberweisung“ oder „Bankanweisung“, der bei weitem häufigste und wirtschaftlich bedeutendste Fall der Anweisung. Die Giroüberweisung ist *keine* Anweisung im Sinne der §§ 783 ff.,⁸¹ sondern weicht in mehreren Punkten von der Regelung des BGB ab.⁸² Sie ist auf die Leistung von Buchgeld, nicht auf die Leistung vertretbarer Sachen gerichtet. Der Empfänger erhält keine Anweisungsurkunde, sondern nur eine Gutschriftanzeige.⁸³ Die Überweisung löst – anders als die Anweisung des BGB – eine Verpflichtung der Bank (des Angewiesenen) zur Leistung an den Empfänger aus. Diese Leistungspflicht war freilich bereits durch den Girovertrag zwischen dem Kunden (Anweisenden) und der Bank (Angewiesenen) begründet worden, in dem sich die Bank allgemein verpflichtete, Überweisungen des Kunden auszuführen.⁸⁴ Der Überweisungsauftrag

⁷⁵ So ausdrücklich Mot. II, 538.

⁷⁶ Mot. aaO; Enneccerus/Lehmann SchR § 203 II (S. 829). a. A. Riehl, S. 57 ff.

⁷⁷ Z. B. die Giroüberweisung; vgl. BGH LM Nr. 1 zu § 783; Larenz SchR II § 67 I (S. 457 N. 1).

⁷⁸ Mot. aaO; Riehl, S. 60; Palandt/Thomas § 783 Anm. 2 a. RG 101, 297: Möglicher Gegenstand der Anweisung ist „jede Art von Leistungen, welche im eigenen Namen sich erheben läßt“.

⁷⁹ Mot. aaO; BGH aaO.

⁸⁰ Mot. II, 557.

⁸¹ Larenz SchR II § 67 I (S. 457 N. 1); Canaris in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 162 m. w. N.; Meyer-Cording, S. 33 f.; Schoele, S. 164.

⁸² Canaris aaO Anm. 161; Meyer-Cording aaO.

⁸³ Enneccerus/Lehmann SchR § 203 III (S. 830).

⁸⁴ Canaris aaO Anm. 160.

gibt dieser Leistungspflicht der Bank einen konkreten Inhalt,⁸⁵ hat insoweit die rechtliche Bedeutung einer Weisung nach §§ 675, 665.⁸⁶ Er enthält zugleich die mit der Anweisung verbundene Leistungsaufforderung und die Ermächtigung zur Anweisungsleistung: Er autorisiert die Bank (den Angewiesenen) zur Leistung „für Rechnung“ des Kunden (Anweisenden), d. h. zum gleichzeitigen Vollzug einer Leistung der Bank an den Kunden, des Kunden an den Empfänger durch das Leistungsgeschäft der Bank mit dem Empfänger (Gutschrift).⁸⁷ Damit ist die Giroüberweisung Anweisung im Sinne des oben definierten Anweisungsbegriffs.

Dasselbe gilt für die *Sonderformen der Anweisung*: die kaufmännische Anweisung nach § 363 I HGB,⁸⁸ den Kreditbrief,⁸⁹ das Akkreditiv,⁹⁰ den gezogenen Wechsel,⁹¹ den Scheck,⁹² den Postscheck,⁹³ den Kassalieferschein⁹⁴ und den Effekten-scheck.⁹⁵

Es ist eine Frage der Terminologie, damit weitgehend der Konvention, ob man die Giroüberweisung⁹⁶ und die Sonderformen als „Anweisungen im weiteren Sinn“ bezeichnen will. Dies ist konsequent, wenn man die durch die §§ 783 ff. definierte Anweisung als Bezugspunkt wählt und alle übrigen „Anweisungsfälle“ nur unter dem Aspekt einer Analogie⁹⁷ zu diesen Vorschriften betrachtet. In Wahrheit jedoch sind die Anweisungen des BGB, die Giroüberweisung und die Sonderformen „Anweisung“ in demselben Sinn einer Aufforderung und Ermächtigung des Angewiesenen, „für Rechnung“ des Anweisenden zu leisten. Sie alle stehen als konkrete Ausprägungen des allgemeinen Instituts der Anweisung auf gleicher Ebene. Geht man von dem allgemeinen Begriff der Anweisung aus, so sind auch der einfache Vertrag zugunsten Dritter und der berechtigende Vertrag zugunsten Dritter (nach h. M. jedenfalls, wenn er der Abkürzung des Leistungswegs dient) „Anweisungsfälle“. Entscheidend ist nicht die Gestaltung des Deckungsverhältnisses, ob der Angewiesene (Versprechende) zur Leistung an den Empfänger (Dritten) nur berechtigt oder auch verpflichtet ist, sondern die Ermächtigung, „für Rechnung“ des Anweisenden (Versprechensempfängers), d. h. mit Fremdwirkung ihm gegenüber (Durchgangserwerb), zu leisten.

⁸⁵ Canaris aaO.

⁸⁶ H. M.; vgl. BGH 10, 319; Canaris aaO m. w. N.

⁸⁷ „Simultanleistung“ (Stampe AcP 107, 1911, 283 ff.).

⁸⁸ Vgl. Baumbach/Duden HGB §§ 363–365 Anm. 1 B; Esser/Weyers SchR II § 43 I 2 (S. 335); Riehl, S. 60 ff.

⁸⁹ Baumbach/Duden HGB Anh. I zu § 406 Anm. 7; Palandt/Thomas Einf. 2 d vor § 783; Esser/Weyers aaO; Larenz SchR II § 67 I (S. 457).

⁹⁰ Baumbach/Duden HGB Anh. I zu § 406 Anm. 8.

⁹¹ Palandt/Thomas Einf. 2 a vor § 783; Esser/Weyers SchR II § 43 I 2 (S. 335).

⁹² BGH 61, 289 (292); Palandt/Thomas Einf. 2 b vor § 783.

⁹³ Palandt/Thomas Einf. 2 c vor § 783.

⁹⁴ BGH 6, 378; Palandt/Thomas Einf. 2 e vor § 783.

⁹⁵ Larenz SchR II § 67 I (S. 457).

⁹⁶ So Meyer-Cording, S. 35. Dagegen Canaris aaO Anm. 162.

⁹⁷ Canaris aaO.

§ 4: Die Kondiktion der Anweisungsleistung

I. Grundlagen der Leistungskondiktion

Die in der vorliegenden Arbeit vorgetragene Theorie der Kondiktion der Anweisungsleistung geht von den Wertungen und Grundbegriffen der modernen Bereicherungslehre aus: Die Leistungskondiktion dient der Rückabwicklung rechtsgrundlos erbrachter Leistungen.¹ Sie steht dem Leistenden gegenüber dem Leistungsempfänger zu, erfolgt „im Leistungsverhältnis“². Die Leistung ist ohne Rechtsgrund, wenn der mit ihr verfolgte Zweck nicht erreicht wird; die Leistungskondiktion ist eine „Kondiktion wegen Zweckverfehlung“.³

Die vorliegende Untersuchung arbeitet mit dem *Leistungsbegriff* der modernen Bereicherungslehre: Leistung ist für sie „bewußte, zweckgerichtete Vermehrung eines fremden Vermögens“.⁴ Sie nimmt indessen, anders als die h. M.,⁵ nicht an, daß durch diesen Begriff „mit einem Schlag“ die Parteien der Leistungskondiktion und der Anspruchsinhalt bestimmt, das Problem der Rechtsgrundlosigkeit der Leistung und der Interpretation des Merkmals „auf Kosten“ im Tatbestand des § 812 I 1 gelöst würden.⁶

Die h. M. betont im Begriff der Leistung das Moment der Zweckgerichtetheit der Zuwendung und erreicht damit, daß Zuwendung und Leistung verschiedene Wege gehen können. Die *Zuwendung*, die nach h. M. der Angewiesene an den Empfänger erbringt, bewirkt z. B. eine *Leistung* des Anweisenden an den Empfänger und be-

¹ Wilburg, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 113; v. Caemmerer, Festschr. f. Rabel I, S. 342; Esser SchR II § 100 I 1 (S. 331); Larenz SchR II § 68 Ia (S. 467); Reeb, S. 7.

² Esser SchR II § 100 I 2, S. 339/340 (ähnlich Köter AcP 153, 1954, 199): „Die Beziehung zwischen Leistendem und durch den Leistungszweck mit ihm Verbundenem bestimmt als ‚Leistungsverhältnis‘ die Parteien der Leistungskondiktion“. Vgl. auch Medicus Rn. 666: „Rückabwicklung im Leistungsverhältnis“. Davon abweichend bezeichnen Larenz (SchR II § 68 Ia, S. 466 ff.) und Stathopoulos (Festschr. f. Sontis, S. 207) das Kausalverhältnis, insbes. das mit der Leistung in Bezug genommene Schuldverhältnis als „Leistungsverhältnis“.

³ Vgl. Esser SchR II § 101 II 2 (S. 341); Koppensteiner/Kramer, S. 27 f.; Reeb, S. 30; Köter AcP 153 (1954), 193 ff., 199 N. 25; Baur/Wolf JuS 66, 349; Ehmann NJW 69, 398 ff. *Kritisch*: Wilhelm, S. 104 ff.; Joerges AG 76, 324 u. ö. *Ablehnend*: Kellmann, S. 100 ff.; Kupisch, S. 27, 61 ff.

⁴ BGH 40, 276 ff.; 43, 11; 48, 73; 56, 239 ff.; 58, 184 ff.; 61, 291; BGH NJW 74, 1132; Esser SchR II § 101 I 2 (S. 339); Larenz SchR II § 68 Ia (S. 466 mit N. 4); Medicus Rn. 666 f.; Koppensteiner/Kramer, S. 26 f., 60 f.; Köter AcP 153 (1954), 193 ff.; Wacke in: Beiträge zum deutschen und israelischen Privatrecht, Köln 1977, S. 139 f.; Weitnauer, Festschr. f. v. Caemmerer, S. 255 ff.; Fiedler JR 75, 314; Pinger AcP 179 (1979), 301 ff. *Ablehnend*: Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 857 ff. („Abschied vom Leistungsbegriff“); Kellmann, S. 107; Kupisch, S. 58 ff.; Harder JuS 79, 76 f.; *kritisch* auch Walter, S. 23 ff.

⁵ Vgl. Koppensteiner/Kramer, S. 26/27; Wacke aaO, S. 140; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 800, 857 f.; Köndgen, Festgabe f. Esser, S. 58, 62; Kupisch, S. 64.

⁶ Vgl. Koppensteiner/Kramer aaO.

gründet bei einem Mangel des Valutaverhältnisses eine Leistungskondition zwischen ihnen, weil der Anweisende gegenüber dem Empfänger mit der Anweisungsleistung „einen eigenen Leistungszweck“ verfolgt.⁷ Eine *Zuwendung* des Anweisenden an den Empfänger wird als Grundlage der Leistung und Leistungskondition nicht vorausgesetzt. Demgegenüber betont die vorliegende Untersuchung an dem Leistungsbegriff das Moment der Zuwendung. Ohne Zuwendung gibt es keine Leistungskondition, während eine (wirksame) Zwecksetzung auch fehlen kann (*condictio sine causa*). Das Zuwendungsgeschäft bestimmt die Parteien des Leistungsverhältnisses. Dies ist im Zweipersonenverhältnis selbstverständlich und sollte auch für das Dreipersonenverhältnis gelten. Leistender ist stets der Zuwendende, Leistungsempfänger der Zuwendungsempfänger. Auf die Zwecksetzung kommt es insofern an, als die Erreichung des Leistungszwecks dem Leistungsempfänger ein Recht zum Behalten des Erlangten (*causa*) gibt, während er bei Verfehlung des Zwecks ohne Rechtsgrund empfangen hat und das Empfangene zurückgewähren muß. Allein *darin* liegt die rechtliche Funktion des Zuwendungszwecks für die Leistungskondition. Die Zuwendung ist nach Parteien und Inhalt durch das Zuwendungsgeschäft bestimmt. Wird sie einem Zweck gewidmet, z.B. der Erfüllung einer Schuld (Tilgungsbestimmung), so ändert sich daran nichts. Die Tilgungsbestimmung stellt den Bezug zwischen der Zuwendung und einem Schuldverhältnis her, hat aber keine darüber hinausgehende Wirkung. Sie kann insbesondere nicht etwa einen anderen als Leistenden an die Stelle des Zuwendenden setzen, ihn sozusagen für den Tatbestand der Leistungskondition zum Zuwendenden machen. So wird die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger nicht dadurch zur Leistung des Anweisenden an den Empfänger, daß sie zur Erfüllung der Schuld des Anweisenden gegenüber dem Empfänger im Valutaverhältnis bestimmt wird. Zur Erfüllung der Valutaschuld des Anweisenden könnte auch eine eigene Leistung des Angewiesenen an den Empfänger bestimmt sein, durch die der Angewiesene als Dritter nach § 267 erfüllt.

Hinzu kommt ein weiteres Argument gegen die Auslegung des Leistungsbegriffs durch die h. M., die das Moment der Zwecksetzung betont und auf die Deckung von Zuwendung und Leistung verzichtet: Die Absichtsanfechtung nach § 3 I Nr. 1, 2 AnfG und § 31 KO ist von der Zweckrichtung der Zuwendungen (anfechtbaren Rechtshandlungen) des Schuldners (Gemeinschuldners) unabhängig. Voraussetzung des Anfechtungsanspruchs ist eine Gläubigerbenachteiligung, die sich in der Regel daraus ergibt, daß der Schuldner (Gemeinschuldner) einen der Zwangsvollstreckung unterliegenden Gegenstand aus seinem Vermögen in anfechtbarer Weise veräußert und damit der Vollstreckung entzieht. Dabei kommt es allein auf die Zuwendung an: Der Anspruch steht dem Gläubiger (Konkursverwalter) des Zuwendenden (Schuldners, Gemeinschuldners) gegen den Zuwendungsempfänger (Anfechtungsgegner) zu und richtet sich auf Rückgewähr des Zuwendungsgegenstandes (§ 7

⁷ Vgl. BGH 58, 184 (188); Esser SchR II § 101 I 2 (S. 339/340); Koppensteiner/Kramer, S. 26f.; Reeb, S. 31; Hadding, S. 6.

AnfG, § 37 KO). Trotzdem steht nach h. M.⁸ bei der Anweisungsleistung nicht den Gläubigern (dem Konkursverwalter) des Angewiesenen ein Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger zu, sondern es fechten die Gläubiger (der Konkursverwalter) des Angewiesenen gegenüber dem Anweisenden, die Gläubiger (der Konkursverwalter) des Anweisenden gegenüber dem Empfänger an. Die Lehre von der Anfechtung mittelbarer Zuwendungen geht also davon aus, daß zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden, dem Anweisenden und dem Empfänger *Zuwendungen*, nicht nur „Leistungen“ in dem von der h. M. zur Leistungskondiktion angenommenen Sinn, stattfinden. Die Anfechtung zwischen den Gläubigern (dem Konkursverwalter) des Angewiesenen und dem Empfänger wäre nicht sachgerecht. Da es sich um denselben Vorgang handelt, der einmal als anfechtbare Handlung den Anfechtungsanspruch, zum anderen als Leistung die Leistungskondiktion begründet, ist auch für die Leistungskondiktion davon auszugehen, daß zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden, dem Anweisenden und dem Empfänger *Zuwendungen* stattfinden.⁹

All dies zeigt, daß die Zweckbestimmung nicht geeignet ist, den Leistenden oder Leistungsempfänger abweichend von den Parteien der Zuwendung zu bestimmen oder aus der Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger eine Kette zweier Leistungen des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger zu machen. Eine „Zweckverfolgung“, die eine solche Wirkung hätte, wäre jedenfalls nicht die allgemein anerkannte Zweckbestimmung (Tilgungsbestimmung), die ein Moment des Leistungsbegriffs der h. M. bildet. Diese setzt mit dem Bezug zum Schuldverhältnis den Kausalnexus, betrifft nur das Merkmal der Rechtsgrundlosigkeit der Leistung. Hier geht es darum, Parteien und Inhalt der Leistung zu bestimmen.

Daß der Zuwendende vom Zuwendungsempfänger kondiziert, entspricht einer natürlichen, wirtschaftlichen Betrachtung. Dies bindet freilich die Auslegung des Begriffs der Leistung in § 812 I 1 nicht. Tatbestände des Gesetzes sind teleologisch, d. h. im Hinblick auf den Regelungszweck, „final“ oder „ergebnisorientiert“ auszulegen.¹⁰ Nichts hindert die Dogmatik jedoch, einen „*natürlichen Leistungsbegriff*“ zu übernehmen, wenn gerade er zu Problem- und Fallösungen führt, die dem Regelungsziel der Leistungskondiktion entsprechen.¹¹ Die mit seiner Hilfe gefundenen Lösungen halten dann auch einer „teleologischen Einzelkontrolle“¹² stand.

Mit der Definition ihres Leistungsbegriffs verzichtet die moderne Bereiche-

⁸ S. u. § 7 VII 1, 2.

⁹ A. A. insbes. Kupisch, S. 18 N. 32, S. 19, 21, 26 bei N. 57, S. 38 N. 93, S. 55. Dazu s. u. § 9 IV.

¹⁰ Vgl. allgemein Larenz, Methodenlehre, S. 315 ff. (Zweckvorstellungen des Gesetzgebers), 322 ff. (objektiv-teleologische Kriterien). Zum Leistungsbegriff des Bereicherungsrechts vgl. Koppensteiner/Kramer, S. 26 f., 60 f.

¹¹ Von einem „Naturalismus“ der Begriffsbildung (so Kupisch, S. 64 f.) kann dabei nicht die Rede sein. Der Leistungsbegriff ist auch so normativ, wird vom Recht zum Zweck einer bestimmten Regelung gesetzt.

¹² Vgl. Koppensteiner/Kramer, S. 26 f.

rungslehre für die Leistungskondition auf das Merkmal „auf Kosten“ im Tatbestand des § 812 I 1, d. h. Voraussetzung der Leistungskondition ist nicht mehr, daß der Leistende aus seinem Vermögen geleistet, zwischen ihm und dem Leistungsempfänger eine Vermögensverschiebung stattgefunden hat.¹³ Doch ist das Vermögen, aus dem der Leistungsgegenstand stammt, für den *Inhalt* der Leistungskondition von Bedeutung: Der Leistungsgegenstand ist in das Vermögen zurückzuführen, aus dem er stammt.¹⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung der Anweisungsleistung empfängt der Anweisende den Leistungsgegenstand „auf Kosten“ des Angewiesenen, der Empfänger „auf Kosten“ des Anweisenden. Eine Leistung „auf fremde Kosten“ ist dann nur noch in den Fällen der rechtsgrundlosen Verfügung eines Nichtberechtigten Grundlage der Leistungskondition.

Die Leistungskondition ist als „Störungskorrektiv“ dem Recht des Güterverkehrs zugeordnet,¹⁵ ist ein „Annex des Vertragsrechts“,¹⁶ „eine Art rechtsgeschäftlicher Anfechtung“¹⁷ der Leistung.¹⁸ Sie ist „ein der Parteiautonomie zugeordnetes, auf diese zugeschnittenes Rückabwicklungsverhältnis“.¹⁹ „Objektive Determinanten“ der Leistungskondition, z. B. die Schutzzwecke und Regelungsziele wirtschaftsrechtlicher Normen, sind zu berücksichtigen, wenn eine bewußte Gestaltung der Leistungsbeziehungen durch die Parteien nicht vorliegt oder deren Dispositionen wegen Gesetzes- oder Sittenverstosses nichtig sind (§§ 134, 138).²⁰ Im übrigen fließen objektiv-rechtliche Wertungen auch in die Auslegung des (wirksam erklärten) Parteiwillens ein (§§ 157, 242).

II. Mängel des Deckungsverhältnisses oder des Valutaverhältnisses

1. Die herrschende Meinung

a) Die gegebenen Bereicherungsansprüche

Es ist von jeher herrschende, heute einhellige Meinung, daß bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses der Angewiesene vom Anweisenden,²¹ bei einem Mangel des

¹³ BGH 40, 277 f.; 48, 73; 56, 239 ff.; BGH NJW 72, 865; Esser SchR II § 101 I 2 (S. 340); Larenz SchR II § 68 II (S. 475 f.); Koppensteiner/Kramer, S. 29 f.; Wilburg, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 106 ff.; Reeb, S. 31; Wacke aaO, S. 140; Kötter AcP 153 (1954), 201 ff. *Dagegen*: Kellmann, S. 98, 103 ff.; Wilhelm, S. 100 ff. und JuS 73, 1 ff.; Kaehler, S. 46 ff.; Kupisch, S. 29, 56, 95 f.

¹⁴ Vgl. Baur/Wolf JuS 66, 395 N. 23. So gibt die herrschende Meinung bei der „rechtsgrundlosen Verfügung eines Nichtberechtigten“ zwar dem Verfügenden die Leistungskondition gegen den Erwerber, doch diese ist auf Rückübertragung des Leistungsgegenstandes an den (früher) Berechtigten gerichtet (vgl. Larenz SchR II § 69 IV c, S. 504 m. Nachw.).

¹⁵ v. Caemmerer, Festschr. f. Rabel I, S. 342; Reeb, S. 7.

¹⁶ Köndgen, Festgabe f. Esser, S. 65.

¹⁷ Wilburg, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 49.

¹⁸ Gegen diese Interpretation der Leistungskondition Joerges AG 76, 324 ff.

¹⁹ Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 823.

²⁰ Ähnlich Joerges aaO.

²¹ Vgl. Medicus Rn. 675; Canaris in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 211 und Festschr. f.

Valutaverhältnisses der Anweisende vom Empfänger²² kondiziert (§ 812 I 1, 1. Alt., Leistungskondiktion). Dem liegt die Vorstellung zugrunde, daß durch die Anweisungsleistung des Angewiesenen an den Empfänger, der Angewiesene eine Leistung an den Anweisenden, dieser eine Leistung an den Empfänger erbringt, während im Verhältnis des Angewiesenen zum Empfänger eine bloße Zuwendung, keine Leistung stattfindet, eine Leistungskondiktion deshalb ausscheidet. Eine Kondiktion des Angewiesenen gegen den Empfänger wegen Bereicherung „in sonstiger Weise“ ist, folgt man der h.M., wegen der Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion gegenüber der Leistungskondiktion im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis ausgeschlossen.²³ Sie entfällt nach der hier vertretenen Ansicht schon deshalb, weil der Empfänger (bei wirksamer Anweisung) nicht „auf Kosten“ des Angewiesenen bereichert ist.

Gegenstand der Kondiktion des Angewiesenen gegen den Anweisenden ist nach h.M., wenn durch die Anweisungsleistung eine Schuld des Anweisenden gegenüber dem Empfänger erfüllt wurde, diese Befreiung. Zu ersetzen ist ihr Vermögenswert (§ 818 II), da sie in Natur nicht herausgegeben werden kann. Die h.M. stellt damit auf den Gegenstand ab, den der Anweisende durch mittelbare Wirkung erwirbt, wenn man eine Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger voraussetzt. Bei einem Mangel des Valutaverhältnisses kondiziert der Anweisende vom Empfänger den Gegenstand, den dieser vom Angewiesenen empfangen hat. Auch hier stellt man sich eine mittelbare Zuwendung des Anweisenden an den Empfänger vor, die dadurch zustande kommt, daß der Anweisende den Angewiesenen anweist, dem Empfänger etwas zuzuwenden, und der Angewiesene die Anweisung ausführt.

Bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses läßt die h.M. ausnahmsweise eine Kondiktion des Angewiesenen gegen den Empfänger zu, wenn der Empfänger im Valutaverhältnis keine Gegenleistung zu erbringen hat, also eine unentgeltliche Leistung des Anweisenden vorliegt (analog § 822).²⁴ Diese Vorschrift geht davon aus, daß der erste Empfänger einer Zuwendung diese unentgeltlich an einen Dritten weitergegeben hat, setzt also eine Zuwendungskette voraus. Da nach h.M. bei der Anweisungsleistung der Anweisende vom Angewiesenen etwas anderes empfängt als der Empfänger vom Anweisenden, eine Kette von Zuwendungen mit identischem Gegenstand also nicht vorliegt, ist nur eine *entsprechende* Anwendung des § 822 möglich.

Larenz, S. 801; Meyer-Cording, S. 48f.; Ulmer AcP 126 (1926), 143ff., 155; Kötter AcP 153 (1954), 202ff.; v. Caemmerer JZ 62, 387; U. Meyer, S. 18f.; Staudinger/W. Lorenz¹² § 812 Rn. 50.

²² Medicus, Ulmer, Kötter, v. Caemmerer, U. Meyer, jeweils aaO; Canaris in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 213; Staudinger/W. Lorenz¹² § 812 Rn. 49.

²³ Zur Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion vgl. BGH 40, 277 (278); 56, 228 (240); 69, 186 (189); Larenz Schr II § 68 III (S. 476) m. Nachw.; Medicus Rn. 727ff.; Koppensteiner/Kramer, S. 114ff.; Reeb, S. 50ff.; H. P. Westermann JuS 72, 18f.; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 853f.; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 74. Medicus aaO. Rn. 730f. *Ablehnend*: Kellmann, S. 116 („gänzlich unbegründete Behauptung“).

²⁴ S. u. IV.

b) Die dieser Lösung zugrunde liegenden Wertungen

aa) Die Unabhängigkeit der Leistung von dem Leistungsempfänger fremden Rechtsverhältnissen

Haben der Empfänger oder der Anweisende eine Zuwendung mit Tilgungsbestimmung auf eine ihnen zustehende Forderung erhalten, so sind sie daran interessiert, das Empfangene nicht aufgrund eines Mangels im Rechtsverhältnis des Zuwendenden zu einem Dritten wieder herausgeben zu müssen.²⁵ Sie sind dagegen geschützt, wenn die Zuwendung *allein* dem Zweck der Erfüllung *ihrer* Forderung dient, die Zuwendung mit Eintritt der Erfüllung ihren Zweck erreicht und mit Rechtsgrund empfangen wird. Dies ist nicht selbstverständlich: Wenn die Zuwendung an den Empfänger eine mehrfache Tilgungsbestimmung trägt, etwa zugleich zur Erfüllung im Deckungsverhältnis und im Valutaverhältnis bestimmt ist, hat der Empfänger nur bei Eintritt der Erfüllung in *beiden* Kausalverhältnissen ein Recht (causa) zum Behalten des Empfangenen. Der Angewiesene könnte dann vom Empfänger die Zuwendung zurückfordern, wenn *entweder* das Deckungsverhältnis *oder* das Valutaverhältnis mangelhaft wäre. Diese Form der mehrfachen Zweckbestimmung wird, soweit ersichtlich, bei der Anweisungsleistung und beim Vertrag zugunsten Dritter in keinem Fall angenommen; wohl aber eine ähnliche Regelung: Nach *Ulmer*²⁶ erbringt beim Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter der Versicherer durch die Auszahlung der Versicherungssumme eine direkte Leistung an den Dritten, die zur Erfüllung im Versicherungsvertrag (Deckungsverhältnis) und im Verhältnis des Versicherungsnehmers zum Dritten (Valutaverhältnis) bestimmt ist (Simultantilgung), daher zugleich im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis einen Leistungszweck verwirklicht, wenn beide Rechtsverhältnisse intakt sind. Stellt sich indessen die Nichtigkeit des Versicherungsvertrags (Deckungsverhältnis) heraus, so kann nach *Ulmer* der Versicherer vom Dritten kondizieren und damit die im Valutaverhältnis eingetretene Erfüllung wieder aufheben. Die Tilgungsbestimmung der Zuwendung auf das Valutaverhältnis wird anscheinend als für den Fall eines Mangels im Deckungsverhältnis widerruflich oder als durch die Zweckerreichung im Deckungsverhältnis bedingt vorgestellt. Diese Lösung befriedigt offensichtlich nicht das Interesse des Dritten am Behalten des Leistungsgegenstandes. Daher kann der Gläubiger des Valutaverhältnisses im allgemeinen eine Leistung mit *einfacher* Tilgungsbestimmung, eben auf die ihm zustehende Forderung, verlangen, so daß ihm bereits die Erfüllung im Valutaverhältnis ein unbedingtes Recht zum Behalten des Empfangenen gibt. *Ulmer*²⁷ fügt denn auch hinzu, der die Versicherungssumme empfangende Dritte werde sich diese Unterordnung seiner Interessen (aus dem Valutaverhältnis) unter die des Versicherers (im

²⁵ Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 802, 807, 817; H. P. Westermann JuS 72, 21; Koppensteiner/Kramer, S. 40; U. Meyer, S. 20.

²⁶ AcP 126 (1926), 144f.

²⁷ AaO.

Deckungsverhältnis) nur bei einem ihn „liberal begünstigenden“ Valutaverhältnis gefallen lassen. Die Berechtigung der von *Ulmer* vertretenen Lösung mag hier dahingestellt bleiben.²⁸ Es sollte nur gezeigt werden, daß das Behalten des dem Empfänger vom Angewiesenen zugewendeten Gegenstandes neben der Erfüllung im Valutaverhältnis auch vom Deckungsverhältnis abhängen kann. Der Empfänger hat in das Rechtsverhältnis zwischen seinem Vertragspartner, dem Anweisenden, und dem Angewiesenen jedoch keinen Einblick und hat darauf keinen Einfluß, ist daher daran interessiert, daß das Behalten der ihm aus dem Valutaverhältnis zustehenden Leistung nicht von diesem ihm fremden Rechtsverhältnis, sondern allein vom Valutaverhältnis, das ihn mit dem Anweisenden verbindet, abhängig ist. Darum ist im Zweifel anzunehmen, daß der Anweisende dem Empfänger im Valutaverhältnis zu einer Leistung mit Tilgungsbestimmung allein auf das Valutaverhältnis verpflichtet ist und daß der Angewiesene auf Veranlassung des Anweisenden eine solche Leistung erbringt.

bb) Die Durchsetzung der Leistungskondiktion und die Verteidigung gegen sie

Bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung der Leistungen im Dreipersonenverhältnis kann jede der Parteien (Anweisender, Angewiesener und Empfänger) Konditionsgläubiger und Konditionsschuldner sein.

a) *Das Interesse des Konditionsgläubigers.* Der Konditionsgläubiger ist daran interessiert, das Risiko der Uneinbringlichkeit seines Bereicherungsanspruchs, d. h. die Gefahr der *Entreicherung* des Konditionsschuldners (§ 818 III), seiner mangelnden *Leistungsbereitschaft*, *Belangbarkeit* (z. B. Auslandsaufenthalt) oder seiner *Insolvenz*, insbesondere eines Konkurses²⁹ über sein Vermögen, gering zu halten oder sich dagegen zu sichern.

Eine solche Sicherung bewirkt bei der Rückabwicklung zwischen den Partnern eines *gegenseitigen Vertrages* (Deckungsverhältnis oder Valutaverhältnis) die *Saldotheorie*.³⁰ Nach ihr entsteht, wenn gleichartige Gegenstände zurückzugewähren sind, nur *ein* Bereicherungsanspruch: für den, der die wertvollere Leistung erbracht hat, und nur in Höhe der Wertdifferenz (Saldo) der Leistungen.³¹ Im übrigen behält jede Partei das Empfangene. Die Risiken der Durchsetzung eines Bereicherungsanspruchs (Entreicherung, Belangbarkeit, Insolvenz) bestehen also nur hinsichtlich der Wertdifferenz der Leistungen. Haben die Parteien, etwa der Angewiesene und der Anweisende im Deckungsverhältnis, ungleichartige Gegenstände zurückzuge-

²⁸ Siehe dazu § 12 IV 2b, bb (a. E.).

²⁹ H. P. Westermann JuS 68, 21; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 803.

³⁰ Vgl. Larenz SchR II § 70 III (S. 515 f.); Medicus Rn. 224 ff.; Fikentscher SchR § 100 VI 3 (S. 611 f.); Esser SchR II § 105 II (S. 382 ff.); v. Caemmerer, Festschr. f. Rabel I, S. 385 ff. *Kritisch*: Flume, Festschr. f. Niedermeyer, S. 148 ff. und NJW 70, 1161 f.; Diesselhorst, S. 50 ff., 200 f.; Pawlowski, S. 45 f.; Koppensteiner/Kramer, S. 144 ff.; U. Meyer, S. 38 ff.; Honsell NJW 73, 350.

³¹ Medicus Rn. 224 m. Nachw.

währen, so entstehen auch nach der Saldotheorie *zwei* Konditionen, die jedoch aufgrund einer Fortwirkung des Synallagmas der Leistungsansprüche im (mangelhaften) Deckungsverhältnis oder wegen des faktischen Synallagmas der ausgetauschten Leistungen analog § 320³² verknüpft sind. Ist z.B. der Angewiesene bereichert, brauchte er nach § 818 III die von ihm empfangene Gegenleistung des Anweisenden nicht mehr herauszugeben, so darf der Anweisende doch nach der Saldotheorie den Wert seiner Leistung von dem Bereicherungsanspruch des Angewiesenen abziehen, d.h. insoweit das Empfangene behalten.³³ In Höhe des Wertes der Gegenleistung des Konditionsschuldners schließt also auch hier die Saldotheorie das Risiko einer Entreicherung des Schuldners aus. Im Konkurs des Angewiesenen oder Anweisenden werden die Konditionen analog § 17 KO abgewickelt.³⁴ Die nach der Saldotheorie zwischen den wechselseitigen Ansprüchen der Vertragspartner bestehende synallagmatische Verbindung ist nicht nur eine äußere Schranke für die Geltendmachung der Ansprüche, sondern eine wechselseitige Beschränkung des Anspruchsinhalts,³⁵ die sich auch im Konkurs durchsetzt. Wählt etwa der Konkursverwalter des Anweisenden die Abwicklung, so wird nach der Saldotheorie verfahren. Soweit danach der Angewiesene das vom Anweisenden (Gemeinschuldner) Empfangene zur Masse zurückgewähren muß, ist sein eigener Rückerstattungsanspruch gegen den Anweisenden Masseschuld (§ 59 I Nr. 2 KO).³⁶ Lehnt der Konkursverwalter hingegen die Rückabwicklung ab, so behält der Angewiesene das vom Anweisenden Empfangene und hat einen ergänzenden Schadensersatzanspruch, der allerdings gewöhnliche Konkursforderung ist.³⁷ Zumindest in Höhe des Wertes der Leistung des Anweisenden ist der Angewiesene gegen das Risiko eines Konkurses des Anweisenden gesichert. Die Saldotheorie ist die Form, in der die h.M. bei gegenseitigen Verträgen das Risiko der Entreicherung, Unauffindbarkeit oder Insolvenz des Konditionsschuldners reduziert. Auch *konkurrierende Theorien* verfolgen dieses Ziel, mögen sie auch die Risiken im einzelnen anders verteilen.³⁸ Das Für und Wider der Saldotheorie ist nicht Thema der vorliegenden Arbeit. Die Lösung der Leistungsprobleme im Dreipersonenverhältnis ist von dieser Theorie im Grunde unabhängig. Die Saldotheorie wird der Arbeit deshalb zugrunde gelegt, weil sie (noch) herrschend ist, um den Prämissen der Untersuchung eine weitgehende Zustimmung zu sichern.

Auch bei *einseitiger* Kondition zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden, bei einseitig verpflichtenden Schuldverhältnissen oder hinsichtlich des Anspruchs auf die Wertdifferenz bei der Saldotheorie und, wenn bei gegenseitigen

³² Vgl. Larenz, Festschr. f. Michaelis, S. 208 ff. *Anders*, für ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273, Medicus Rn. 225.

³³ Vgl. Medicus Rn. 225.

³⁴ Vgl. Larenz aaO.

³⁵ Vgl. Larenz, Festschr. f. Michaelis, S. 208 und SchR I § 15 I (S. 167).

³⁶ Vgl. Böhle-Stamschräder KO § 17 Anm. 4 c.

³⁷ Vgl. Böhle-Stamschräder aaO.

³⁸ Vgl. insbes. Flume aaO.

Verträgen die Saldotheorie nicht anwendbar ist (bei Vorleistung eines Partners, in Täuschungsfällen, zum Schutz des Minderjährigen)³⁹, ist es für den Angewiesenen oder Anweisenden als Konditionsgläubiger von Vorteil, seinen *Vertragspartner* zum Schuldner zu haben: Einmal hat er den Vertragspartner persönlich ausgewählt,⁴⁰ konnte seine Kreditwürdigkeit prüfen und hat in vielen Fällen im Erfüllungsstadium auf sie vertraut, so daß er sich auch für das Stadium der Rückabwicklung auf seine Leistungsbereitschaft, Leistungsfähigkeit und Belangbarkeit eher verlassen kann, als auf die eines Dritten. Der Konditionsgläubiger hat in der Regel Einblick in die Verhältnisse seines Vertragspartners, vermag also, wenn dieser sein Konditionsschuldner ist, leichter eine sich abzeichnende Vermögensverschlechterung zu erkennen und für den Fall der Insolvenz Sicherungsmaßnahmen zu treffen. Daher sind das Belangbarkeitsrisiko und das Insolvenzrisiko gegenüber dem Vertragspartner als Konditionsschuldner in der Regel geringer als bei der Kondition gegen einen vertragsfremden Dritten.

Schließlich besteht bei der Kondition zwischen Vertragspartnern die Möglichkeit, daß der Konditionsgläubiger aus einer über den konkreten, rückabzuwickelnden Vertrag hinausgehenden Geschäftsverbindung einem Anspruch des Konditionsschuldners ausgesetzt ist, so daß er seine Kondition mit Hilfe eines Zurückbehaltungsrechts (§ 273)⁴¹ durchsetzen oder aufrechnen kann (§§ 387 ff.). Die Aufrechnung behauptet sich auch im Konkurs des Konditionsgläubigers (vgl. §§ 53 ff. KO), nicht jedoch das Zurückbehaltungsrecht nach § 273.⁴² Das Zurückbehaltungsrecht setzt, anders als das Synallagma, nur eine lose, äußere Verbindung der gegenseitigen Ansprüche voraus, die im Konkurs nicht berücksichtigt wird. Die Ansprüche werden als selbständig behandelt: Der Angewiesene muß daher im Konkurs des Anweisenden die empfangene Leistung in vollem Umfang an die Masse zurückerstatten, während er auf seine Kondition gegen den Anweisenden nur die Konkursquote erhält. Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung versagen schließlich gegenüber dem Entreichungsrisiko. Nach § 818 III ist die Kondition gegen den gutgläubigen, nicht verklagten Leistungsempfänger auf den Betrag der noch vorhandenen Bereicherung beschränkt. Soweit der Empfänger entreichert ist, steht dem Leistenden also keine Kondition, mithin auch kein Zurückbehaltungsrecht und keine Aufrechnungsbefugnis zu.

Nach all dem sind die Chancen der Durchsetzung der Leistungskondition bei einer Kondition zwischen den Vertragspartnern – dem Angewiesenen und dem Anweisenden im Deckungsverhältnis, dem Anweisenden und dem Empfänger im Valutaverhältnis – vor allem bei Anwendung der Saldotheorie, aber auch in den Fällen, in denen sie nicht eingreift, erheblich günstiger als bei der Kondition gegen einen vertragsfremden Dritten. Das Interesse des *Konditionsgläubigers* spricht also für die Kondition innerhalb der Kausalverhältnisse.

³⁹ Vgl. Medicus Rn. 228 f. m. Nachw.

⁴⁰ Zum Folgenden vgl. Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 803.

⁴¹ Vgl. auch § 369 HGB.

⁴² Vgl. Larenz, Festschr. f. Michaelis, S. 208 m. Nachw.

β) *Das Interesse des Konditionsschuldners.* Für die Kondition innerhalb der Kausalverhältnisse spricht auch das Interesse des *Konditionsschuldners* an der Erhaltung seiner Verteidigungsmöglichkeiten.⁴³

Kondiziert der Anweisende vom Empfänger im Rahmen des Valutaverhältnisses, so ist in vielen Fällen die Saldotheorie anwendbar, nach der die Gegenleistung des Empfängers an den Anweisenden in vollem Umfang (als Abzugsposten bei Saldierung oder durch das Zurückbehaltungsrecht analog § 320) berücksichtigt wird. Findet die Saldotheorie keine Anwendung, so bestehen doch möglicherweise eine Kondition oder andere Ansprüche des Empfängers gegen den Anweisenden, die dem Empfänger ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 gewähren oder eine Aufrechnungslage begründen. Dem Empfänger stehen also in der Regel gegen die Kondition seines Vertragspartners Verteidigungsmittel zu, die insbesondere gewährleisten, daß er seine Gegenleistung an den Anweisenden in Anrechnung bringen kann.

γ) *Die nicht gegenseitige Abwicklung.* Die genannten Vorteile für Konditionsgläubiger und Konditionsschuldner entfallen im wesentlichen, wenn man eine Leistung des Angewiesenen an den Empfänger und eine entsprechende Leistungskondition annimmt. Dies soll am Beispiel eines *Doppelmangels der Kausalverhältnisse* gezeigt werden, für den die Durchgriffskondition des Angewiesenen gegen den Empfänger heute noch vertreten wird.⁴⁴

Der Angewiesene hat den Empfänger nicht als Vertragspartner und möglichen Konditionsschuldner ausgewählt: Der Empfänger wird vom Anweisenden eingeschaltet, und der Angewiesene ordnet sich dem Interesse des Anweisenden unter. Der Angewiesene hat also in der Regel keinen Einblick in die Verhältnisse des Empfängers. Er kann nicht abschätzen, ob dieser leistungsbereit, leistungsfähig und belangbar sein wird. Ist damit das Risiko der Durchsetzung der Kondition für den Angewiesenen verhältnismäßig groß, so verschlechtert sich seine Lage noch dadurch, daß er in aller Regel keine Möglichkeit hat, sich gegen diese Risiken zu sichern: Die Anwendung der Saldotheorie setzt eine *gegenseitige* Abwicklung voraus. Es ist unwahrscheinlich, daß dem Empfänger gegen den Angewiesenen irgendein Anspruch zusteht, gegen den der Angewiesene aufgrund der Kondition ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273) ausüben oder gegen den er mit seiner Kondition aufrechnen kann (§§ 387ff.).

Möglich erscheint jedoch ein Zurückbehaltungsrecht des Anweisenden gegen die Kondition des Empfängers wegen dessen Gegenleistung im Valutaverhältnis: Der Anweisende könnte die Gegenleistung des Empfängers solange zurückhalten, bis dieser dem Angewiesenen dessen Leistung rückerstattete. Ähnlich könnte der Angewiesene gegen die Kondition des Anweisenden wegen dessen Gegenleistung im

⁴³ Vgl. BGH 48, 70 (72); Larenz SchR II § 68 III b (S. 478); Medicus Rn. 667; Erman/H. P. Westermann § 812 Rn. 17; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 802f. m.w.N.; Berg AcP 160 (1961), 513.

⁴⁴ Vgl. unten III 1.

Deckungsverhältnis ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, bis er vom Empfänger seine Leistung zurückerhielt. Als Rechtsgrundlage kommt nur § 273 in Frage. Er setzt voraus, daß Anspruch und Gegenanspruch „aus demselben rechtlichen Verhältnis“ stammen. Dies ist für die Kondition des Angewiesenen gegen den Empfänger und die Kondition des Anweisenden gegen den Angewiesenen einerseits, die Kondition des Angewiesenen gegen den Empfänger und die Kondition des Empfängers gegen den Anweisenden andererseits zu prüfen.⁴⁵ Der Begriff des „Rechtsverhältnisses“ ist in § 273 im weitesten Sinn zu verstehen.⁴⁶ Es genügt, daß die Ansprüche aus einem „innerlich zusammengehörigen einheitlichen Lebensverhältnis“⁴⁷ entstanden sind, in einem „natürlichen wirtschaftlichen Zusammenhang“⁴⁸ stehen. Doch setzt § 273 ausdrücklich Gegenseitigkeit der Ansprüche voraus.⁴⁹ Dies schließt freilich eine Analogie nicht aus.⁵⁰ Die Regelung des § 273 ist ein Sonderfall des allgemeinen Gedankens von Treu und Glauben (§ 242): Sie gibt dem Schuldner eine Einrede, wenn es treuwidrig erscheint, daß der Gläubiger seine Forderung stellt, ohne zugleich seine eigene Leistungspflicht gegenüber dem Schuldner zu erfüllen.⁵¹ Ein solcher Verstoß gegen Treu und Glauben würde vorliegen, wenn der Angewiesene seine Kondition gegen den Empfänger geltend machte, ohne zugleich – im Rahmen seiner Möglichkeiten – dafür zu sorgen, daß der Empfänger vom Anweisenden seine Gegenleistung zurückerhält. Damit wäre auch die für § 273 charakteristische Gegenseitigkeit von Anspruch und Verpflichtung hergestellt. Um den Anweisenden zu veranlassen, die Kondition des Empfängers zu erfüllen, braucht der Angewiesene nur die Rückgabe der Gegenleistung des Anweisenden aus dem Deckungsverhältnis zu verweigern, bis er seine Leistung vom Empfänger zurückerhält. Da aber der Empfänger die Kondition des Angewiesenen nicht zu erfüllen braucht, bevor er seine Leistung vom Anweisenden erhält, braucht auch der Angewiesene die Leistung des Anweisenden erst dann zurückzugeben, wenn der Anweisende dem Empfänger dessen Leistung rückerstattet. Das Zusammenwirken der Zurückbehaltungsrechte des Angewiesenen und des Empfängers führt also zu einer Erfüllung der Leistungskonditionen des Angewiesenen gegen den Empfänger, des Anweisenden gegen den Angewiesenen und des Empfängers gegen den Anweisenden *Zug um Zug*.⁵² Eine *dreifache* Zug um Zug-Abwicklung

⁴⁵ Vgl. Hadding, S. 118; ähnlich E. Schmidt JZ 71, 608.

⁴⁶ Vgl. Palandt/Heinrichs § 273 Anm. 4.

⁴⁷ RG 72, 65.

⁴⁸ Palandt/Heinrichs aaO.

⁴⁹ Palandt/Heinrichs § 273 Anm. 1 b m. Nachw.; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 830.

⁵⁰ Larenz, Festschr. f. Michaelis, S. 202 ff., schlägt für den finanzierten Abzahlungskauf trotz fehlender Gegenseitigkeit der Ansprüche eine Analogie zu § 273 vor.

⁵¹ Vgl. BGH LM Nr. 7 zu § 273; RG 152, 73; Palandt/Heinrichs § 273 Anm. 1 b.

⁵² Bei intaktem Valutaverhältnis nimmt E. Schmidt (JZ 71, 608) für den berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter nach § 242 einen Anspruch des Versprechensempfängers gegen den Dritten auf Rückgabe der Leistung an den Versprechenden an, damit die Kondition des Versprechensempfängers gegen den Versprechenden im Deckungsverhältnis von der Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 273) befreit wird.

bereitet freilich praktische Schwierigkeiten.⁵³ Diese beruhen jedoch im wesentlichen auf der Verschiedenheit des Leistungsortes, können also in ähnlicher Form auch bei gegenseitiger Leistung Zug um Zug auftreten und sind nicht unüberwindbar.

Die von einer Kondiktion des Angewiesenen gegen den Empfänger ausgehende Lösung der Bereicherungsprobleme des Dreipersonenverhältnisses versagt indessen im *Konkurs* und gegenüber dem *Entreichungsrisiko*. Die Kondiktion z.B. des Angewiesenen gegen den Empfänger wird im Konkurs des Empfängers, mangels Sicherungen, die ein Aussonderungsrecht (§§ 43 ff. KO) oder ein Recht zur abgesonderten Befriedigung (§§ 47 ff. KO) gewähren, nur dann voll befriedigt, wenn der Angewiesene gegen einen Anspruch des Empfängers aufrechnen kann (§§ 53 ff. KO) oder die Kondiktion mit einem Anspruch des Empfängers im Synallagma steht (§ 17 KO). Das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 ist, wie oben ausgeführt, im Konkurs unwirksam. Der einzige Gegenanspruch des Empfängers gegen die Kondiktion des Angewiesenen, der in Frage kommt, ist in der Regel seine Kondiktion gegen den Anweisenden. Eine Aufrechnung des Angewiesenen ist hier ausgeschlossen, da sie strenge Gegenseitigkeit der Forderungen voraussetzt (§ 387).

Eine *synallagmatische Verknüpfung* der Kondiktionen des Angewiesenen gegen den Empfänger und des Empfängers gegen den Anweisenden erscheint freilich möglich. Sie setzt eine Gegenseitigkeit der Kondiktionen *nicht* notwendig voraus. Tatsächlich erbringt der Empfänger seine Leistung an den Anweisenden (*Valutaverhältnis*) im Austausch gegen die Leistung des Angewiesenen an ihn, leistet der Angewiesene an den Empfänger im Hinblick auf die Gegenleistung des Anweisenden (*Deckungsverhältnis*) und leistet der Anweisende an den Angewiesenen (*Dekungsverhältnis*) um der Leistung des Angewiesenen an den Empfänger willen (*funktionelles Synallagma*). Daher erscheinen Zurückbehaltungsrechte des Empfängers gegen die Kondiktion des Angewiesenen wegen seiner Kondiktion gegen den Anweisenden und des Angewiesenen gegen die Kondiktion des Anweisenden aufgrund seiner Kondiktion gegen den Empfänger (analog § 320) vertretbar. Man kann diese Zurückbehaltungsrechte, ähnlich der Saldotheorie, als Fortwirkung des Synallagmas aus den – im übrigen unwirksamen – Schuldverhältnissen oder als Rechtsfolge eines durch die Erfüllungsgeschäfte vollzogenen faktischen Synallagmas ansehen.⁵⁴ Die Ausübung dieser Rechte würde, wie oben zu § 273 gezeigt, zu einer dreiseitigen Zug-um-Zug-Abwicklung führen. Schon beim Zurückbehaltungsrecht analog § 320 bestehen also erhebliche Unterschiede zu einer gegenseitigen Abwicklung nach der Saldotheorie innerhalb der Kausalverhältnisse. Die übrigen Rechtsfolgen dieser Theorie sind *nur* bei Gegenseitigkeit der Kondiktionen sinnvoll: Wäre z. B. der Empfänger entreichert und könnte er dem *Angewiesenen* das Empfangene nicht zurückgeben, so müßte er sich den Wert dieser Leistung von seiner Kondiktion gegen den *Anweisenden* abziehen lassen. Der Anweisende würde also einen Vorteil erlangen, der dem Angewiesenen gebührt, den dieser daher vom Anweisen-

⁵³ Vgl. die Hinweise bei Larenz, Festschr. f. Michaelis, S. 212 ff.; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 830.

⁵⁴ Vgl. Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 829.

den als ungerechtfertigte Bereicherung „in sonstiger Weise“ kondizieren würde. Bei analoger Anwendung des § 17 KO im Konkurs des Empfängers müßte, wenn der Konkursverwalter die Rückabwicklung wählt, der *Anweisende* die Leistung des Empfängers in vollem Umfang rückerstatten. Im Gegenzug würde der *Angewiesene* seine Leistung an den Empfänger ungekürzt zurückhalten. Dieser Vorteil gebührte jedoch dem Anweisenden, der mit seiner Kondiktion dem Risiko der Insolvenz des Angewiesenen schutzlos ausgesetzt wäre. Lehnt der Konkursverwalter des Empfängers die Durchführung der Kondiktion ab, so verliert der *Angewiesene* seine Kondiktion gegen den Empfänger und erhält dafür einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung als gewöhnliche Konkursforderung,⁵⁵ während der *Anweisende* von der Kondiktion des Empfängers befreit wird. Wieder steht einem Verlust des Angewiesenen ein ungerechtfertigter Vorteil des Anweisenden gegenüber.

Das nicht gegenseitige Synallagma der Kondiktionen im Dreipersonenverhältnis bietet nach all dem keinen Schutz gegen das Entreicherungs- und Konkursrisiko. Geschützt wird allenfalls der Empfänger – freilich auf Kosten des Angewiesenen –, soweit er seine Gegenleistung an den Anweisenden gegenüber der Kondiktion des Angewiesenen als Entreicherung geltend machen kann (§ 818 III).⁵⁶

c) Objektive Gesichtspunkte für eine gerechte Risikoverteilung

Die Berücksichtigung objektiver Gesichtspunkte für die gerechte Verteilung der Leistungsrisiken ist, wenn die Risikozurechnung grundsätzlich dem Parteiwillen überlassen wird, nicht ausgeschlossen. Zum einen hat sich auch die Auslegung der Leistungsgeschäfte unter mehreren Personen an der Leitvorstellung eines gerechten Interessenausgleichs zu orientieren. Zum anderen gibt es Fälle, in denen die privat-autonome Risikoverteilung durch Leistung versagt, also fehlt oder unwirksam ist: z. B. das Fehlen oder die Unwirksamkeit der Anweisung⁵⁷ oder den Irrtum über den Leistenden.⁵⁸

aa) Die Ablehnung der Versionsklage

Die Kondiktion innerhalb des mangelhaften Kausalverhältnisses wird auch mit der Ablehnung der *Versionsklage* durch den Gesetzgeber des BGB begründet.⁵⁹ Versionsklage ist die Kondiktion gegen denjenigen, dem der Leistungsempfänger das Empfangene zugewendet hat oder dem dieses sonst über das Vermögen des Erstempfängers zugeflossen ist. Im Falle der Anweisungsleistung ist jedoch erst zu ermitteln, wer Leistender und Leistungsempfänger ist. Eine Kondiktion des Ange-

⁵⁵ Vgl. § 26 KO und Jaeger/Lent KO § 17 Rn. 41.

⁵⁶ S. u. § 5 IV 1 c, bb.

⁵⁷ S. u. § 5 IV.

⁵⁸ S. u. § 5 V.

⁵⁹ Vgl. Mot. II, 871 f.; Prot. II, 101; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 804; v. Caemmerer, Festschr. f. Rabel I, 369 ff.; Zeiss AcP 165 (1965), 342 ff.; H. P. Westermann JuS 68, 20 f.; U. Meyer, S. 21.

wiesenen gegen den Empfänger ist nur dann Versionsklage und daher für das geltende Recht abzulehnen, wenn der Anweisende Leistungsempfänger ist und der Empfänger den Zuwendungsgegenstand von ihm erhält, also eine Leistungskette über den Anweisenden stattfindet. Wer jedoch den Anweisungsempfänger als Empfänger einer Leistung des Angewiesenen im Sinne des § 812 I 1, 1. Alt. ansieht, nimmt mit der Kondition des Angewiesenen gegen den Empfänger eine einfache Leistungskondition, keine Versionsklage an.⁶⁰ Zunächst müssen also der Leistende und der Leistungsempfänger bestimmt werden; erst daraus ergibt sich, welche Kondition Versionsklage ist. Das Verbot der Versionsklage trägt daher zur Bestimmung der Parteien der Leistungskondition im Dreipersonenverhältnis nichts bei.

bb) Das Abstraktionsprinzip

Das *sachenrechtliche Abstraktionsprinzip* wird von Canaris⁶¹ als Argument für eine Kondition innerhalb der fehlerhaften Kausalverhältnisse herangezogen. Ziel des Abstraktionsprinzips sei es, die Auswirkungen der Nichtigkeit eines Kausalverhältnisses grundsätzlich auf dessen Parteien zu beschränken. Kennzeichnend dafür sei die Leistungskondition bei der Zuwendungskette. „Die Versagung des Durchgriffs bei Veräußerungsketten ist ... das folgerichtige *bereicherungsrechtliche Korrelat zum sachenrechtlichen Abstraktionsprinzip*“.⁶²

In der Tat erfaßt aufgrund des Abstraktionsprinzips ein Mangel des Kausalgeschäfts nicht auch das dingliche Erfüllungsgeschäft, von dessen Unwirksamkeit wegen der absoluten Wirkung der dinglichen Rechtspositionen eine grundsätzlich unbegrenzte Zahl Dritter (Erwerber, Pfandgläubiger, Kreditgeber usw.) betroffen sein kann. Ginge das Privatrecht von einem einheitlichen, das obligatorische und das dingliche Element nicht trennenden Veräußerungsgeschäft oder von einem dinglichen Geschäft aus, dessen Wirksamkeit von der des Schuldverhältnisses abhinge, so hätte innerhalb der Veräußerungskette von Verkäufer, Käufer und Abkäufer bei einem Mangel des ersten Kaufvertrags der Verkäufer die Vindikation gegen den Abkäufer, falls dieser nicht gutgläubig erworben hätte. Ein wirksamer Kaufvertrag zwischen dem Käufer und dem Abkäufer würde diesem kein Besitzrecht im Sinne des § 986 gegenüber dem Verkäufer (Eigentümer) geben. Es ist also das Abstraktionsprinzip, das den *Vindikationsdurchgriff* des Verkäufers gegen den Abkäufer verhindert. Daß dem Verkäufer bei einem Mangel des ersten Kaufvertrages keine *Leistungskondition gegen den Abkäufer* zusteht, hat allerdings andere Gründe. Der Verkäufer hat an den Abkäufer nicht *geleistet*; sein Anspruch wäre ein Versionsanspruch. Das BGB gewährt einen solchen Anspruch nur im Fall des § 822. Mit dem Abstraktionsprinzip hat das nichts zu tun; dieses Prinzip sagt über Parteien und Inhalt der Leistungskondition nichts aus.

⁶⁰ S. u. § 12 IV (zur Leistung des Versprechenden beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter).

⁶¹ Festschr. f. Larenz, S. 804. *Kritisch*: Medicus NJW 74, 541 f.; Stathopoulos, Festschr. f. Sontis, S. 224.

⁶² Canaris aaO (Hervorhebungen dortselbst).

Dennoch besteht ein enger Zusammenhang zwischen dem Abstraktionsprinzip und der Leistungskondiktion. Es schützt, indem es das dingliche Verfügungsge-
 schäft trotz eines Mangels des Kausalverhältnisses aufrechterhält, den Erwerber vor
 der Vindikation (§ 985) oder dem dinglichen „Rückfall“ des veräußerten Rechts an
 den Zuwendenden (z. B. bei nichtiger Zession, §§ 398 ff.) und setzt an deren Stelle
 die Leistungskondiktion (§ 812 I 1, 1. Alt.). Daher ist zu Recht auf die Verwandt-
 schaft zwischen Vindikation, Eingriffskondiktion und Leistungskondiktion hinge-
 wiesen worden. Auch die Leistungskondiktion kann, wie die Eingriffskondiktion,
 als eine „Fortwirkung“ des veräußerten Rechts, als Ersatz für die durch den Rechts-
 übergang entfallene Vindikation gesehen werden.⁶³ Die Leistungskondiktion beruht
 danach auf dem Widerspruch der durch die Zuwendung eingetretenen Rechtslage
 mit dem „Zuweisungsgehalt“ der veräußerten Rechtsposition. Zwar ist dieser „Un-
 rechtszustand“ mit Willen des Rechtsträgers eingetreten, doch rechtfertigt der Zu-
 wendungswille den Erwerb nicht, da der mit der Zuwendung verfolgte Zweck
 verfehlt wurde.⁶⁴ Da aus dieser Sicht Vindikation und Leistungskondiktion auf
 derselben Haftungsgrundlage beruhen, müssen grundsätzlich die bei doppelter
 Nichtigkeit des Grund- und Erfüllungsgeschäfts bestehende Vindikation und die bei
 bloßer Nichtigkeit des Kausalgeschäfts gegebene Leistungskondiktion zwischen
 denselben Parteien stattfinden und in der Rückgabe der Sache denselben (primären)
 Gegenstand haben. Danach müßte, wenn der Angewiesene eine Zuwendung an den
 Empfänger vollzieht, auch zwischen ihnen die Leistungskondiktion stattfinden, falls
 der Zweck der Zuwendung verfehlt wird. Freilich könnte gerade für die Anwei-
 sungsleistung eine Ausnahme von dem Grundsatz der Übereinstimmung zwischen
 einer gedachten Vindikation und der Leistungskondiktion anzunehmen sein. Im-
 merhin darf eine Theorie, nach der der Angewiesene an den Anweisenden, dieser an
 den Empfänger nicht nur im Sinne des § 812 I 1, 1. Alt. leistet, sondern zugleich eine
 (dingliche) Zuwendung erbringt und die Parteien der Vindikation (bei Nichtigkeit
 des Erfüllungsgeschäfts) und der Leistungskondiktion (bei wirksamer Verfügung
 und Mängeln der Grundgeschäfte) übereinstimmen, den Vorzug größerer dogmati-
 scher Geschlossenheit für sich in Anspruch nehmen.

cc) Die Relativität des Schuldverhältnisses

Nach der h. M. zur Kondiktion der Anweisungsleistung besteht die vom Anwei-
 senden bei mangelfreiem Valutaverhältnis erlangte Leistung in der Befreiung von
 seiner Schuld gegenüber dem Empfänger, bei Doppelmangel der Kausalverhältnisse
 in der Kondiktion des Anweisenden gegen den Empfänger im Valutaverhältnis.⁶⁵
 Darin sieht *Kupisch*⁶⁶ einen „eklatanten Verstoß gegen den unsere Rechtsordnung

⁶³ Vgl. Barnstedt, S. 100; v. Lübtow, Beiträge, S. 26; Wilburg AcP 163 (1964), 348 f.; Köbl,
 S. 212; Pinger, S. 163; ders., AcP 179 (1979), 314.

⁶⁴ Vgl. Pinger, S. 155.

⁶⁵ S. o. II 1 a.

⁶⁶ S. 16, 24.

beherrschenden Grundsatz von der Relativität des Schuldverhältnisses“. Das vom Anweisenden im Deckungsverhältnis Erlangte dürfe nicht nach seiner Beziehung zu einem Dritten (dem Empfänger) bestimmt werden.

Dieser Satz verstößt jedoch, in seiner Allgemeinheit, seinerseits gegen den Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 305). Liegt im Deckungsverhältnis eine Erfüllungs- oder Befreiungsübernahme vor (§ 329), so ist der Deckungsschuldner (Versprechende) seinem Gläubiger (dem Versprechensempfänger) gerade zur Befreiung von dessen Valutaschuld verpflichtet. Hier greift das Deckungsverhältnis mit dem Inhalt der Leistungspflicht des Versprechenden schon im Obligationsstadium auf das Valutaverhältnis, das Verhältnis des Gläubigers zu einem Dritten, über. Daher ist unbestritten, daß der Übernehmer (Versprechende) an den Valutaschuldner (Versprechensempfänger) i. d. R. „die Schuldbefreiung“ leistet. Der Angewiesene hingegen schuldet dem Anweisenden einen bestimmten Gegenstand. Wendet er ihn weisungsgemäß dem Empfänger zu und erfüllt er damit seine Leistungspflicht gegenüber dem Anweisenden, so kann jedoch grundsätzlich auch darin die Zuwendung einer Schuldbefreiung liegen. Es steht den Parteien frei, die Bewirkung einer Rechtsfolge im Verhältnis des Gläubigers zu einem Dritten zum Gegenstand der Leistungspflicht und der Leistung zu machen. Dies bedeutet keine Abweichung vom Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse. Nach diesem Grundsatz gewähren schuldrechtliche Verträge nur den Parteien Ansprüche und verpflichten nur sie. Grundsätzlich kann nur der Schuldner das Forderungsrecht verletzen.⁶⁷ Im Konkurs des Schuldners hat der Gläubiger, da der Anspruch auf den Gegenstand noch kein dingliches Herrschaftsrecht verleiht, kein Recht auf Aussonderung (§§ 43 ff. KO) oder abgesonderte Befriedigung (§§ 47 ff. KO), sondern nur Anspruch auf anteilmäßige Befriedigung aus der für nicht bevorrechtigte Konkursgläubiger übriggeliebenden Restmasse. All dies hat mit der Bestimmung des Inhalts der Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden im Deckungsverhältnis nichts zu tun.

d) Leistungskondition und Parteiautonomie

aa) Rechtsgeschäft und objektives Recht

Parteien und Inhalt der Leistungskondition können auf zwei Wegen bestimmt werden: Entscheidend ist, *wer* die Voraussetzungen der Leistungskondition bestimmt. Die Frage nach dem Subjekt der Entscheidung ist der nach den Entscheidungskriterien vorgeordnet.

Die Leistungskondition ist ein gesetzlicher Anspruch. Nach dem Tatbestand des § 812 I 1, 1. Alt. kondiziert der Leistende vom Leistungsempfänger. Die Leistung als Voraussetzung der Kondition ist also ein Begriff des objektiven Rechts, der nach den allgemeinen Regeln auszulegen ist. Ziel der Leistungskondition ist es, Leistungen bei Verfehlung ihres Zwecks rückgängig zu machen. Diesem Ziel entsprechend sind Leistender und Leistungsempfänger so zu bestimmen, daß dem

⁶⁷ Vgl. Larenz AT § 13 III (S. 193 ff.); Palandt/Thomas § 816 Anm. 4.

Kondiktionsgläubiger die Durchsetzung seines Anspruchs, dem Kondiktions-schuldner eine angemessene Verteidigung gesichert wird. Neben dem Rückabwick-lungsinteresse ist jedoch zu berücksichtigen, daß die Leistung der Verwirklichung eines Zwecks, in der Regel der Erfüllung einer Schuld, dient. Es wäre verfehlt, die Leistung allein von dem atypischen Fall der Zweckverfehlung her zu bestimmen.

Nach h.M. richtet sich die Leistung im Dreipersonenverhältnis nicht, wie es zwischen zwei Personen den Anschein hat, nach der dinglichen Zuwendung. Lei-stungsverhältnis und Zuwendungsverhältnis decken sich nicht mehr. Der Lei-stungsvorgang wird von der Rechtsfolge her interpretiert: Für eine Reihe problema-tischer Fälle wird eine „sachgerechte“ Kondiktionslösung ermittelt und von ihr auf die zugrunde liegende Leistung zurückgeschlossen. Dieses Verfahren erscheint *ob- jektiv-teleologisch* gerechtfertigt.

Eine solche objektiv-teleologische Einstellung kennzeichnet weithin die Argu-mentation von *Canaris*.⁶⁸ Aus seiner Sicht spricht es für eine Kondiktion des Ange-wiesenen gegen den Anweisenden bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses, daß der Fehler nicht aus der „Sphäre“ des Empfängers stammt. Der Angewiesene sei „näher daran“, das Risiko der Insolvenz des *Anweisenden* zu tragen, denn er habe durch den Vertragsschluß mit ihm diese Gefahr geschaffen und auf seine Kreditwür-digkeit vertraut. Umgekehrt sei es nicht gerechtfertigt, dem Angewiesenen das Kon-kursrisiko des *Empfängers* „aufzuerlegen“. Es bestehe auch kein Anlaß, dem Ange-wiesenen eine Kondiktion gegen dem Empfänger „zu geben“, ihn damit vom Risiko eines Konkurses des Anweisenden „freizustellen“ und das Risiko auf den Empfän-ger „abzuwälzen“. Eine „gerechte Risikoverteilung“ verlange es, das Risiko eines Mangels des Deckungsverhältnisses den Parteien dieses Verhältnisses „aufzuerlegen“. Diese objektive Betrachtungsweise bedarf jedoch einer Ergänzung.

Die Regelung der Leistungskondiktion in § 812 I 1, 1. Alt. läßt den Parteien volle Freiheit, welche Leistungen sie vollziehen wollen. Nur der *Begriff der Leistung* als einer einem bestimmten Zweck gewidmeten Zuwendung,⁶⁹ ist als normatives Ele-ment bei der Bestimmung der Leistungskondiktion vorgegeben. Er bildet freilich nur einen Rahmen für das Parteihandeln und seine rechtliche Bewertung. Das Kon-diktionsverhältnis ist also nicht allein durch Auslegung des gesetzlichen Tatbestands (§ 812 I 1, 1. Alt.) und des Tatbestandsmerkmals „Leistung“, sondern vor allem durch die Auslegung der *Leistungsgeschäfte der Parteien* zu bestimmen.

bb) Die Auslegung des Leistungsgeschäfts

Das Leistungsgeschäft des Angewiesenen gegenüber dem Empfänger bei der An-weisungsleistung besteht, dem Leistungsbegriff entsprechend, aus einer Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden und einer Zweckbestimmung, in der Regel der Bestimmung der Zuwendung zur Tilgung einer Schuld des Angewiesenen gegenüber dem Anweisenden (Deckungsverhältnis) und

⁶⁸ Festschr. f. Larenz, S. 802/803.

⁶⁹ Dazu s. o. § 2.

einer Schuld des Anweisenden gegenüber dem Empfänger (Valutaverhältnis). Die Parteien haben dabei die laienhafte Vorstellung, die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger erfolge „anstelle“ einer ausgeführten Zuwendungskette vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger. Die rechtliche Bedeutung dieses Leistungsvorgangs ist durch Auslegung des Geschäftswillens zu ermitteln. Es geht dabei nicht um die Ausfüllung einer Lücke der Parteivereinbarungen, da eine – wenn auch auslegungsbedürftige – Regelung vorhanden ist. Diese betrifft mit der Leistung auch die Voraussetzungen der Leistungskondition: den Leistungszweck, bei dessen Verfehlung rückabzuwickeln ist, die Parteien und den Inhalt der Leistungskondition. Die Auslegung des Leistungsgeschäfts hat von den Regelungszielen der Parteien auszugehen; auch die *lex contractus* ist teleologisch auszulegen. Die Leistung dient einmal der Erfüllung. Sie bestimmt aber auch Parteien und Gegenstand des Rückgewährschuldverhältnisses. Beide Rechtswirkungen der Leistung muß die Auslegung im Auge behalten, auch wenn die Parteien mit einem Mangel des Geschäfts und der Notwendigkeit einer Rückabwicklung nicht bewußt rechnen.

Wenn sich der Angewiesene – wie es für die Anweisungsleistung typisch ist – nicht eindeutig erklärt hat, ist davon auszugehen, daß seine Leistung einerseits im Deckungsverhältnis Erfüllung wirken, andererseits für den Fall einer Rückabwicklung möglichst geringe Risiken bieten soll.⁷⁰ Für den Angewiesenen sind demnach maßgebend: das Interesse an der Erreichung des Geschäftszwecks (Erfüllung im Deckungsverhältnis), das Interesse an der Beständigkeit der durch die eigene Erfüllung und den Empfang der Gegenleistung (Abwicklung des Deckungsverhältnisses) geschaffenen Rechtslage, das Interesse an der sicheren Durchsetzung eines etwaigen Rückgewähranspruchs wegen seiner Leistung, das Interesse, seine Leistung gegen die Kondition des Anweisenden geltend machen zu können und das Interesse daran, sich gegen unvermeidliche Risiken bei der Rückabwicklung zu sichern. Darüber hinaus hat der Angewiesene sich darauf einzurichten, daß die gegen die primären Risiken getroffenen Sicherungen versagen: Leistet er an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden, so bleibt doch die Möglichkeit, daß die Abwicklung innerhalb des Deckungsverhältnisses etwa wegen eines Mangels der Anweisung ausgeschlossen ist und er vom Empfänger kondizieren muß. Ähnlich liegen die Interessen des Empfängers und des Anweisenden. Diese Interessen bestimmen die Auslegung der Leistung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden.

Ziel der Auslegung ist es, die *im Einzelfall* von den Parteien getroffene Regelung, den konkreten Kompromiß aus Interessenverwirklichung und Risikoübernahme zu ermitteln. Es gibt Fälle, in denen der Schuldner des Deckungsverhältnisses direkt an den Dritten leistet und das Risiko einer Kondition gegen ihn übernimmt. Beim „1500 M-Vertrag“⁷¹ wendete der Arbeitgeber der Ehefrau oder sonstigen Angehöri-

⁷⁰ Vor allem *Canaris* (Festschr. f. Larenz, S. 799ff.) stellt die Rückabwicklungsinteressen als ein dem Erfüllungszweck gleichwertiges Moment der Leistung heraus.

⁷¹ S. u. § 12 III 5; IV 3 c, aa.

gen des Arbeitnehmers im Wege des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter den den Pfändungsfreibetrag übersteigenden Teil des Lohns oder Gehalts zu. Die Zuwendung des Anspruchs und die Auszahlung der Summe erfolgte, wie in dem Vertrag ausdrücklich festgestellt wurde, „unmittelbar“, ohne Durchgang durch das Vermögen des Arbeitnehmers. Ziel dieser Zuwendung war, den Gehaltsanspruch und die ausbezahlte Summe der Vollstreckung oder Anfechtung durch Gläubiger des Arbeitnehmers zu entziehen. Da die Leistung des Arbeitgebers eindeutig als unmittelbare Eigenleistung an den Dritten gekennzeichnet war, mußte bei einem Mangel des Arbeitsvertrags der Arbeitgeber vom Dritten *kondizieren*. Die Leistung war nicht auslegungsbedürftig, für eine Abwägung der *typischen* Interessen der Beteiligten war kein Raum.

Der Übergang von der Konkretisierung des empirischen Parteiwillens zu seiner Ergänzung ist im Rahmen einer normativen Auslegung fließend. Doch hält sich die Auffassung der Anweisungsleistung als einer auf abgekürztem Wege vollzogenen Leistungskette in den Grenzen der autonomen Parteiregelung. Die Auslegung der Anweisungsleistung wird dadurch erleichtert, daß zwischen den an dem Dreipersonenverhältnis Beteiligten kein Interessengegensatz besteht: Die Interessen aller Parteien gehen übereinstimmend auf eine Abwicklung innerhalb der Kausalverhältnisse.

cc) Die Risikoübernahme

α) *Die Risiken.* Risiko ist die Gefahr, ein bestimmtes Interesse nicht verwirklichen zu können. Risiken sind daher das Spiegelbild der Interessen. Das Interesse des Leistenden und des Leistungsempfängers geht übereinstimmend dahin, daß die durch die Leistung oder den Leistungsaustausch geschaffene Güterlage Bestand hat. Dem entspricht das Risiko einer Verfehlung des Leistungszwecks und der Notwendigkeit, die Leistungen rückabzuwickeln (*Kondiktionsrisiko*). Tritt der Fall dieses (primären) Risikos ein, so entstehen neue (sekundäre) Risiken: Der Leistende trägt als Kondiktionsgläubiger das *Risiko der Durchsetzung* des Anspruchs, insbesondere die Gefahr der Entreicherung, der erschwerten Belangbarkeit und der Insolvenz des Schuldners. Den Leistungsempfänger trifft als Kondiktionsschuldner das *Risiko der Verteidigung*, vor allem die Gefahr, die im Vertrauen auf das Behalten des Empfangenen erbrachten Opfer (etwa die Gegenleistung an einen Dritten) nicht anrechnen zu können. Der Leistende im Dreipersonenverhältnis schützt sein Interesse gegen diese Risiken, indem er innerhalb der Kausalverhältnisse leistet und dadurch eine Abwicklung im Verhältnis zum Vertragspartner und zugleich eine gegenseitige Abwicklung von Leistung und Gegenleistung ermöglicht.⁷² Um dabei die Vorteile der „abgekürzten Leistung“ zu erhalten, leistet der Angewiesene an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden, also mit der Wirkung einer über den Anweisenden zum Empfänger führenden Leistungskette. Freilich trägt der Angewiesene dann

⁷² S.o. 1 b.

das (tertiäre) Risiko, daß er, etwa wegen eines Mangels der Anweisung, doch vom Empfänger kondizieren muß, die Sicherung gegen die Risiken der Leistungskondition durch die Anweisungsleistung versagt (*Sicherungsrisiko*).

β) *Entstehung und Übernahme der Risiken*. Das Risiko der Zweckverfehlung gehört zum Wesen der Leistung. Daher besteht grundsätzlich die Gefahr, daß der Leistende die Leistung zurückfordern, der Leistungsempfänger sie herausgeben muß. Mit der Kondition ist für den Leistenden (Kondiktionsgläubiger) das Risiko der Durchsetzung des Anspruchs, für den Leistungsempfänger (Konditionsschuldner) das Risiko der Verteidigung verbunden. Diese Risiken entstehen durch den Vollzug der Leistung, der den Tatbestand des § 812 I 1, 1. Alt. erfüllt, den Leistenden zum Kondiktionsgläubiger, den Leistungsempfänger zum Konditionsschuldner macht. Die Abwicklungsrisiken werden dem Leistenden und dem Leistungsempfänger zugleich mit der Rechtsstellung als Kondiktionsgläubiger und Konditionsschuldner vom Gesetz zugewiesen. Eine *Risikoübernahme* kann nur im Vollzug der *Leistung* und im *Leistungsempfang* selbst liegen.⁷³ Das *Sicherungsrisiko* übernimmt der Angewiesene dadurch, daß er sich, anstatt den Vertrag durch direkte Leistung an den Anweisenden zu erfüllen, auf die Leistung an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden einläßt.

Wie von der Leistung (Tatbestand) auf die übernommenen Risiken (Rechtsfolge) kann umgekehrt von den mit einer Leistung verbundenen Risiken (Rechtsfolge) auf die Leistung (Tatbestand) zurückgeschlossen werden: Es ist für die Parteien und damit für die Auslegung ihres Willens nicht gleichgültig, welche Risiken mit einer bestimmten Leistung verknüpft sind. Soll z. B. der Angewiesene eine Schuld gegenüber dem Anweisenden durch Zuwendung an den Empfänger erfüllen, so kann er dies grundsätzlich durch eine direkte Eigenleistung an den Empfänger oder durch Leistung an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden tun. Da nach dem Inhalt des Deckungsverhältnisses – wie die h. M. ihn versteht – beide Leistungsmöglichkeiten den Tilgungszweck erfüllen, wird sich der Angewiesene für die Leistung mit dem geringsten Rückabwicklungsrisiko, also für eine Anweisungsleistung entscheiden. Jedenfalls hat die *Auslegung* des Leistungsgeschäfts von einer solchen wirtschaftlich-vernünftigen Einstellung auszugehen.

Nach *Canaris* liegt die Risikoübernahme nicht in Leistung und Leistungsempfang. Seine *eigene Konzeption* der Risikoübernahme läßt drei Ansätze erkennen: objektive Risikozurechnung,⁷⁴ rechtsgeschäftliche Risikoübernahme durch die Kausalverhältnisse⁷⁵ oder selbständige Geschäfte der Risikoübernahme.⁷⁶

⁷³ So auch Köndgen, Festgabe f. Esser, S. 65 f.; Wilhelm AcP 175 (1975), 310 f., 319.

⁷⁴ Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 803 m. w. N. Vgl. auch v. Caemmerer, Festschr. f. Rabel I, S. 370, 372 und JZ 62, 388; Esser SchR II § 102 I 3 (S. 348); Berg AcP 160 (1961), 513; Zeiss AcP 165 (1965), 340; H. P. Westermann JuS 68, 21; Koppensteiner/Kramer, S. 40; U. Meyer, S. 20 f.

⁷⁵ Canaris NJW 72, 1197 und Festschr. f. Larenz, S. 803, 829/830, 831, 835 u. ö.

⁷⁶ Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 814 ff.

Objektive Risikozurechnung: Der Angewiesene sei „näher daran“, das Risiko der Insolvenz seines Vertragspartners, des Anweisenden, zu tragen, denn er habe durch den Vertragsschluß die Gefahr geschaffen und auf die Kreditwürdigkeit des Anweisenden vertraut. Er beherrsche das Risiko der Insolvenz seines Vertragspartners eher, da er es durch dessen Auswahl in Grenzen halten könne, eine Verschlechterung der Vermögenslage des Anweisenden besser erkennen und sich dagegen sichern könne. Dagegen sei es nicht gerechtfertigt, dem Angewiesenen das Konkursrisiko hinsichtlich des Empfängers aufzuerlegen, zumal eine Kondiktion gegen den Empfänger den Angewiesenen vom Risiko eines Konkurses des Anweisenden freistellen und dieses Risiko auf den Empfänger abwälzen würde. Die *Kritik* an dieser Lösung richtet sich weder gegen das Ergebnis noch gegen die zugrunde liegenden Wertungen, sondern trifft allein die darin zum Ausdruck kommende Auffassung der Leistungskondiktion. Es ist *nicht* die objektiv gerechteste Verteilung der Risiken unter den Parteien zu ermitteln und unabhängig vom Parteiwillen als geltend anzusetzen. Die Parteien tragen diejenigen Abwicklungsrisiken, die sie durch die Leistung übernommen haben, auch wenn diese Verteilung objektiv „ungerecht“ erscheint. Zu ermitteln ist der wirkliche Leistungswille der Parteien im Einzelfall.

Risikoübernahme durch die Kausalverhältnisse: Der Angewiesene übernehme durch den *Vertragsschluß* das Risiko der Leistungsunfähigkeit des Anweisenden, entweder schon im Obligationsstadium, jedenfalls aber für die Rückabwicklung. Nur die Kondiktion gegenüber dem Vertragspartner entspreche dem Interesse der Parteien (Erhaltung der Gegenrechte, Insolvenzrisiko). „Es zeigt sich also, daß es entgegen der herrschenden Lehre nicht darauf ankommt, wer *Leistungsempfänger*, sondern wer *Vertragspartner* ist – was übrigens ganz allgemein für die Leistungskondiktion gelten dürfte“.⁷⁷ Sicherlich sind mit der Übernahme einer Leistungspflicht gegenüber einer bestimmten Person für eine spätere Leistung an sie und eine etwaige Leistungskondiktion „die Weichen gestellt“. Dennoch wird ein konkretes Rückabwicklungsrisiko erst durch die Leistung selbst übernommen. Möglicherweise wird die Leistungspflicht überhaupt nicht erfüllt (Insolvenz des Schuldners) oder sie wird inhaltlich geändert (§ 305) oder es wird eine Leistung an Erfüllungs Statt erbracht (§ 364 I), es wird durch Leistung an einen Dritten erfüllt (§§ 362 II, 185) oder es erfüllt ein Dritter (§ 267), der Anspruch wird abgetreten (§§ 398 ff.) oder die Schuld übernommen (§§ 414 ff.). Aufgrund ein und derselben ursprünglichen Leistungspflicht kommt es also entweder nicht zur Leistungskondiktion oder sie entsteht zwischen jeweils verschiedenen Personen und betrifft einen jeweils verschiedenen Gegenstand. Konkrete Rückabwicklungsrisiken entstehen zugleich mit der Kondiktion erst durch den Vollzug der Leistung und werden durch ihn inhaltlich bestimmt.

Selbständige Geschäfte der Risikoübernahme: Die Risikoübernahme soll bei der Anweisungsleistung für den Anweisenden durch die Anweisung, beim Angewiesenen durch die Zuwendung „für Rechnung“ des Anweisenden und beim Empfänger

⁷⁷ Canaris NJW 72, 1197.

durch eine „Einverständniserklärung mit der Leistung vermittelt des Angewiesenen“ erfolgen. Diese „die Risikoordnung setzenden Akte“ hätten rechtsgeschäftlichen Charakter.⁷⁸ Das Rechtsgeschäft der Anweisung ist die zurechenbare Handlung, die der Anweisende zur Entstehung eines Rückabwicklungsrisikos in seiner Person selbst beiträgt, aber übernommen hat er damit das Risiko nur (aufschiebend) bedingt durch den Vollzug der Anweisung seitens des Angewiesenen. Ebenso entsteht das Rückabwicklungsrisiko des Angewiesenen nicht allein durch seine Zuwendung an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden, sondern wird wesentlich davon bestimmt, daß eine wirksame Anweisung gegeben ist. Die „Risikoordnung“ wird durch die Anweisung und ihren Vollzug, also *durch die Anweisungsleistung*, einheitlich für alle Beteiligten geschaffen. Eine Einverständniserklärung des Empfängers ist dazu nicht erforderlich. Kann er die Eigenleistung eines Dritten nicht ablehnen (§ 267), so gilt dies umso mehr für die Anweisungsleistung, die für ihn wie eine Leistung des Anweisenden, seines Schuldners, wirkt (§ 267, arg. a maiore). *Canaris*⁷⁹ belegt die Notwendigkeit der Einverständniserklärung mit dem Beispiel der Angabe der Kontonummer, die es dem Schuldner (Anweisenden) ermöglicht, dem Gläubiger (Empfänger) den geschuldeten Betrag auf sein Girokonto zu überweisen.⁸⁰ Bei der Angabe der Kontonummer geht es jedoch nicht um die Frage, ob der Schuldner nur in Person oder auch mittelbar leisten kann, sondern allein darum, ob Buchgeld (also eine Forderung gegenüber der Bank) statt Bargeld geleistet werden darf, was nach h. M. der Zustimmung des Gläubigers bedarf. Die Mitwirkung des Empfängers bei der Setzung der „Risikoordnung“ besteht einmal im Leistungsempfang, soweit seine tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Mitwirkung erforderlich ist, zum anderen im Empfang der Willenserklärung des Angewiesenen, daß die Zuwendung „für Rechnung“ des Anweisenden erfolgt. Die Zuwendung des Angewiesenen ist dann und nur dann Anweisungsleistung, wenn der Empfänger sie nach den Regeln für die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen so verstehen mußte.⁸¹

e) Die Konstruktion der Leistungskondition bei der Anweisungsleistung

Die Theorie, nach der die h. M. Gläubiger und Schuldner, Gegenstand und Umfang der Leistungskondition bestimmte, hat sich in den letzten Jahrzehnten gewandelt. Für die Kondition bei Mängeln des Deckungsverhältnisses oder des Valutaverhältnisses haben sich freilich nicht die Ergebnisse, auch nicht die sie begründende Wertung, sondern nur die *rechtliche Konstruktion* geändert.

⁷⁸ Festschr. f. Larenz, S. 814 ff.

⁷⁹ AaO.

⁸⁰ Zu der Frage, ob dazu bereits die Eröffnung des Giro-Kontos genügt, vgl. die Nachweise bei *Canaris* aaO (S. 815 N. 49).

⁸¹ S. u. § 5 III.

aa) Die ältere Lehre

Die ältere Lehre zur Leistungskondiktion hielt sich an das Merkmal „auf dessen Kosten“ im Tatbestand des § 812 I 1, das sie im Sinne einer *Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung* zwischen dem Bereicherten (Kondiktionsschuldner) und dem Entreicherten (Kondiktionsgläubiger) interpretierte.⁸² Sie setzte also voraus, daß der Gegenstand der Bereicherung ohne den Umweg durch das Vermögen eines Dritten vom Vermögen des Kondiktionsgläubigers in das des Kondiktionsschuldners gelangt war, der Kondiktionsgläubiger dem Kondiktionsschuldner eine direkte Zuwendung gemacht hatte.⁸³ Nun ging man bei der Anweisungsleistung von einer unmittelbaren Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger aus. Um trotzdem zu einer Leistungskondiktion des Angewiesenen gegen den Anweisenden, des Anweisenden gegen den Empfänger zu kommen, führte man den Begriff einer „im Rechtssinne unmittelbaren“ Vermögensverschiebung oder einer „unmittelbaren Vermögensverschiebung durch mittelbare Zuwendung“ ein.⁸⁴ Es überrascht, daß dabei von „Unmittelbarkeit“ die Rede war. Augenscheinlich kondizierte doch der Anweisende vom Empfänger einen Gegenstand, der diesem von einem Dritten (dem Angewiesenen) zugewendet worden war, und kondizierte der Angewiesene vom Anweisenden den Wert der Befreiung von dessen Valutaschuld oder – bei Doppel-mangel – die Kondiktion des Anweisenden gegen den Empfänger, Werte also, die dem Anweisenden über das Vermögen eines Dritten zugeflossen waren. Es wäre jedoch zu einfach anzunehmen, daß mit dem Begriff der „Unmittelbarkeit im Rechtssinne“ das Erfordernis der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung aufgegeben, durch eine „Spielerei mit Worten“⁸⁵ nur scheinbar aufrechterhalten wurde. Der Begriff der „unmittelbaren Vermögensverschiebung durch mittelbare Zuwendung“ ist vielmehr so zu verstehen, daß sich wirklich – als Rechtswirkung – die Vermögensverschiebung direkt zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden im Deckungsverhältnis, dem Anweisenden und dem Empfänger im Valutaverhältnis vollzieht, die vorausgesetzte Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger rechtlich außer Betracht bleibt. Gelegentlich findet sich die rein formale Feststellung, die Anweisungsleistung des Angewiesenen an den Empfänger „gelte“ als Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden und des Anweisenden an den Empfänger.⁸⁶ Dies deutet den Gedanken einer *Fiktion* an.⁸⁷ Eine befriedigende

⁸² Vgl. Mot. II, 830: „Der die Kondiktion begründende Thatbestand ist grundsätzlich ein unmittelbar zwischen dem Benachtheiligten und dem Bereicherten eingetretener; gegen Dritte besteht der Kondiktionsanspruch nicht“.

⁸³ Vgl. dazu RG 66, 80; 69, 247; 73, 177; 92, 83 (m. Nachw. der bisherigen Rechtsprechung des RG zur „Unmittelbarkeit“); RG 133, 258; BGH NJW 52, 1171; v. Mayr, S. 207f.; Jung, S. 145f.; Barnstedt, S. 21f.; Wilburg, S. 111f.; Köter AcP 153 (1954), 201; v. Caemmerer JZ 62, 385 N. 8 m. w. N.; v. Lübtow, Beiträge, S. 31 ff.

⁸⁴ Vgl. RG 130, 310; BGH NJW 52, 1171; BGH BB 62, 691; Baur/Wolf JuS 66, 395 N. 24 m. w. N.; *kritisch*: Hadding, S. 5f., 130.

⁸⁵ Gräber, S. 108f.

⁸⁶ Larenz SchR II, 9. Aufl., § 62 II b (S. 375f.); vgl. auch RG 87, 36 (39).

⁸⁷ Dazu s. u. 2c.

Konstruktion der Anweisungsleistung aus dem Gesetz oder dem Leistungsgeschäft wurde jedoch nicht gefunden. Aus der Überzeugung, daß der Begriffsapparat der älteren Lehre bei der Leistungskondition im Dreipersonenverhältnis versagte, entstand die neuere Bereicherungslehre.

bb) Die moderne Lehre

Nach der nunmehr herrschenden Lehre kondiziert der Leistende „allein aufgrund der Tatsache, daß infolge seiner Leistung das Vermögen des Empfängers vermehrt ist“. ⁸⁸ Leistung ist dabei die bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens ⁸⁹ im Unterschied zur Zuwendung, der bloßen dinglichen Verfügung oder dem tatsächlichen Verhalten, die eine Vermögensvermehrung herbeiführen. ⁹⁰ Die Kondition findet zwischen dem Leistenden als Gläubiger und dem Leistungsempfänger als Schuldner statt. Diese werden nach dem Leistungsbegriff, also ohne das Erfordernis einer unmittelbaren Vermögensverschiebung bestimmt. ⁹¹ Bei der Anweisung und ähnlichen Fällen spricht die neuere Lehre von „mittelbarer Leistung“, ⁹² „indirekter Leistung“ ⁹³ oder Leistung durch „Leistungsmittler“. ⁹⁴ Man unterscheidet den Leistenden und Leistungsempfänger „im Rechtssinn“ vom „tatsächlichen“ Leistenden und Leistungsempfänger. ⁹⁵ Konditionsgläubiger ist nicht der Leistungsmittler, sondern die hinter ihm stehende Person, „für deren Rechnung“ ⁹⁶ er leistet. Leistungsempfänger und damit Konditionsschuldner ist nicht der Empfangsmittler oder tatsächliche Empfänger, sondern derjenige, „für dessen Rechnung“ er empfängt. So ist *hinsichtlich des Valutaverhältnisses* der Anweisende Leistender (im Rechtssinn), da der Angewiesene „für seine Rechnung“ leistet, der Empfänger tatsächlicher und rechtlicher ⁹⁷ Leistungsempfänger, da er die auf das Valutaverhältnis bezogene Zuwendung als Gläubiger „für eigene Rechnung“ empfängt. Der Angewiesene, der tatsächlich Leistende, verfolgt mit seiner Zuwendung im Hinblick auf das Valutaverhältnis keine „eigenen Leistungsinteressen“, ⁹⁸ sondern stellt seine Zuwendung für den vom Anweisenden verfolgten Leistungszweck zur Verfügung. *Für das Deckungsverhältnis* ist der Angewiesene tatsächlich und rechtlich Leistender, denn er verfolgt mit seiner Zuwendung einen eigenen Lei-

⁸⁸ Jakobs, S. 160.

⁸⁹ S. o. § 2 V 1.

⁹⁰ S. o. § 2 II 1.

⁹¹ Vgl. Wilburg, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 113; Kötter AcP 153 (1954), 201 f.; v. Lübtow, Beiträge, S. 31, 34; Zeiss JZ 63, 7; Berg JuS 64, 137, 138 N. 4; Baur/Wolf JuS 66, 395; Jakobs, S. 156.

⁹² Vgl. Rothoef, AcP 163 (1963), 229 f.

⁹³ Vgl. Kötter AcP 153 (1954), 201 f.

⁹⁴ Dazu s. o. § 3 III 4.

⁹⁵ Vgl. BGH 40, 272 (277); 48, 70 (72). Dazu s. o. § 3 III 4.

⁹⁶ Vgl. § 783 BGB; Kötter AcP 153 (1954), 204; s. o. § 3 III.

⁹⁷ S. o. § 3 III 4.

⁹⁸ Vgl. Kötter AcP 153 (1954), 203 N. 40.

stungszweck, die Erfüllung seiner Schuld gegenüber dem Anweisenden; Leistungsempfänger (im Rechtssinn) ist der Anweisende, da der Empfänger hinsichtlich des Deckungsverhältnisses „für Rechnung“ des Anweisenden empfängt.

Die konsequenteste Interpretation der Anweisungsleistung im Sinne der neueren Lehre hat *Weitnauer* gegeben.⁹⁹ Zahle der Angewiesene an den Empfänger, werde durch diese eine Leistung sowohl die Verpflichtung des Angewiesenen gegenüber dem Anweisenden als auch die Schuld des Anweisenden gegenüber dem Empfänger erfüllt. Im Verhältnis des Angewiesenen zum Empfänger hingegen bestehe kein Schuldverhältnis und werde kein Zweck verfolgt: „Die Zahlung ist in diesem Verhältnis abstrakt, d. h. weder von einer Zweckvereinbarung noch von der Zweckerreichung abhängig, sie ist eine reine abstrakte Zuwendung“.¹⁰⁰ Insbesondere liege nicht der Fall des § 267 vor, da der Angewiesene nicht die Schuld des Anweisenden gegenüber dem Empfänger (Valutaverhältnis) erfüllen wolle. Der Angewiesene wolle auch nicht seine eigene Schuld gegenüber dem Anweisenden durch Leistung an den Empfänger als an einen Nichtgläubiger im Sinne des § 362 II erfüllen. Daß gleichwohl die abstrakte Zahlung des Angewiesenen an den Empfänger die beiden Schuldverpflichtungen im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis zum Erlöschen bringe, könne nur durch die getroffenen Zweckvereinbarungen erklärt werden: Die Zahlung werde im Verhältnis des Anweisenden zum Angewiesenen vom Anweisenden, obwohl sie nicht an ihn selbst erfolge, als Erfüllung seiner Forderung angenommen und vom Angewiesenen zum Zweck der Erfüllung seiner Verpflichtung gegenüber dem Anweisenden bewirkt. Durch die Zweckvereinbarung zwischen dem Anweisenden und dem Empfänger werde die vom Anweisenden veranlaßte Zahlung des Angewiesenen an den Empfänger so angesehen, als ob sie vom Anweisenden bewirkt worden sei. Es finde eine „Umleitung der Leistung durch die Zweckbestimmung“ statt.¹⁰¹

Die neuere Lehre nimmt damit aufgrund einer neuen Konstruktion, aber mit demselben Ergebnis und letztlich von denselben Wertungen wie die ältere Lehre ausgehend, *Leistungen* des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger an. Die Frage nach diesen Leistungen entsprechenden *Zuwendungen* wird nicht gestellt. Die Bedeutung der Zuwendung in dem zweigliedrigen Leistungsbegriff der h. M. wird stark eingeschränkt: Die Leistung setzt eine Zuwendung voraus, doch brauchen Zuwendender und Leistender, Zuwendungsempfänger und Leistungsempfänger, Inhalt der Zuwendung und Leistungsinhalt nicht übereinzustimmen. Die Parteien der Zuwendung sind für die Leistung nur von indirekter Bedeutung, insofern, als sie für die Zwecksetzung, die letztlich Parteien und Inhalt der Leistung bestimmt, zuständig sind. Die Zwecksetzung gestaltet wie eine Verfügung die Rechtsfolgen der Zuwendung um, ja vermag sogar aus *einer* Zuwendung *zwei* Leistungen zu machen.

⁹⁹ Festschr. f. v. Caemmerer, S. 280f.

¹⁰⁰ Weitnauer aaO. Vgl. auch Koppensteiner/Kramer, S. 40, 41, 49.

¹⁰¹ Weitnauer, Festschr. f. v. Caemmerer, S. 281, im Anschluß an Kreß SchR I, S. 51; ebenso Holtkamp, S. 123 ff.

cc) Immanente Kritik

Beide Theorien gehen von einer Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger aus und können von daher die Leistungen des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger nur noch behaupten, nicht mehr konstruieren. Der *Leistungsbegriff* der h.M., von dem auch die vorliegende Arbeit ausgeht,¹⁰² verlangt, konsequent genommen, zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger eine Zuwendung.¹⁰³ Er verbietet es daher, aufgrund einer Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger Leistungen des Angewiesenen an den Anweisenden und des Anweisenden an den Empfänger anzunehmen. Zuwendungen zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden, dem Anweisenden und dem Empfänger sind jedoch ausgeschlossen, solange man an der Voraussetzung einer Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger festhält. Die einseitige Betonung des *Zweckmoments* im Leistungsbegriff der h.M. ist abzulehnen.¹⁰⁴ Allein die Zweckbestimmung schafft zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden, dem Anweisenden und dem Empfänger *keine* Leistung. Die Zweckbestimmung macht aus *einer* Zuwendung nicht *zwei* Leistungen. Sie ist ein Rechtsgeschäft oder eine geschäftsähnliche Handlung, die den Bezug zwischen der Zuwendung und einem Schuldverhältnis herstellt oder die Zuwendung einem anderen Zweck widmet. Diese Zwecksetzung bedeutet nur, daß die Zuwendung bei Verfehlung des Zwecks rechtsgrundlos erfolgte und durch Leistungskondition rückgängig zu machen ist. Eine „Umleitung der Leistung durch die Zweckbestimmung“ widerspricht dem zweigliedrigen Leistungsbegriff und der begrenzten Bedeutung der Zweckbestimmung.

Ein Inkonsequenz der h.M. liegt auch darin, wie sie den *Gegenstand* der Kondition des Angewiesenen gegen den Anweisenden einerseits, der Kondition des Anweisenden gegen den Empfänger andererseits auffaßt. Der Anweisende kondiziert vom Empfänger bei einem Mangel des Valutaverhältnisses den Leistungsgegenstand, den dieser vom Angewiesenen erhalten hat. Da der Angewiesene jedoch als „Leistungsmittler“ des Anweisenden handelt, wird seine Zuwendung an den Empfänger dem Anweisenden zugerechnet. Entsprechendes müßte aber für das Deckungsverhältnis gelten: Hat der Empfänger die Zuwendung des Angewiesenen hinsichtlich des Deckungsverhältnisses als „Empfangsmittler“ des Anweisenden erhalten, so ist dem Anweisenden im Deckungsverhältnis der Empfang des Leistungsgegenstandes zuzurechnen. Stattdessen betrachtet die h.M. die Befreiung des Anweisenden von dessen Schuld gegenüber dem Empfänger im Valutaverhältnis als Gegenstand der Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden.¹⁰⁵ Dies ist nicht folgerichtig, zumal niemand umhin kann, die beiden angenommenen Leistungen (des Angewie-

¹⁰² S. o. I und § 2 II.

¹⁰³ Vgl. Beuthien JZ 68, 323 f.; Esser SchR II § 101 I 1 (S. 338).

¹⁰⁴ S. o. § 2 III 2.

¹⁰⁵ Enneccerus/Lehmann SchR § 221 III 1 b (S. 881); Larenz SchR II § 68 III b (S. 478); Lorenz JZ 68, 53; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 809; Reeb, S. 25; Koppensteiner/Kramer, S. 40; Kunisch, S. 43 f.

senen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger) als *Leistungskette* vorzustellen, d. h. als Weitergabe ein und desselben Gegenstandes. Gegen die Konstruktion einer Leistungskette wird eingewandt, der Leistungsgegenstand sei nie Bestandteil des Vermögens des Anweisenden gewesen.¹⁰⁶ Dies ist zunächst einmal bloße Behauptung: Ein Durchgangserwerb des Anweisenden durch „Geheißerwerb“¹⁰⁷ oder Anweisungsleistung ist möglich. Daß die Parteien ihn nicht wollen, kann nicht ohne weiteres angenommen werden. Selbst wenn aber die Parteien eine direkte Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger wollen, ist noch immer eine *Analogie* zur Leistungskette möglich, d. h. die Beteiligten können rechtlich so behandelt werden, *als ob* eine Leistungskette stattgefunden hätte.¹⁰⁸ Gegen die Annahme, Gegenstand der Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden sei der Leistungsgegenstand selbst, spricht nicht, daß der Anweisende den Leistungsgegenstand nicht in Händen hat. Dies betrifft nur die Frage der Herausgabe in Natur (§ 818 I) oder des Wertersatzes (§ 818 II) und die Frage der (noch) vorhandenen Bereicherung, auf die es unter Umständen im Verhältnis des Angewiesenen zum Anweisenden gar nicht ankommt: etwa wenn der Angewiesene verschärft haftet (§§ 818 IV, 819 I, 820) oder im Deckungsverhältnis die Saldotheorie anzuwenden ist. Nur im Falle der Anwendung des § 818 III darf der Anweisende sich darauf berufen, daß sich „anstelle“ des ihm zugerechneten Leistungsgegenstandes in seinem Vermögen der Wert der Befreiung von der Valutaschuld befindet, der grundsätzlich geringer sein kann als der Wert des zur Tilgung der Valutaschuld aufgewendeten Leistungsgegenstandes.¹⁰⁹

Die Auffassung der h. M., daß der Angewiesene bei mangelfreiem Valutaverhältnis an den Anweisenden die Befreiung von dessen Schuld gegenüber dem Empfänger leiste, ist schon deshalb unzutreffend, weil so der Angewiesene im Deckungsverhältnis nicht schuldgerecht leisten würde, also Erfüllung (§ 362 I) nicht eintreten könnte: Der Angewiesene *schuldet* dem Anweisenden im Deckungsverhältnis die Verschaffung des Leistungsgegenstandes. Die h. M. müßte eigentlich im Deckungsverhältnis eine Leistung an Erfüllung Statt annehmen (§ 364 I): Der Anweisende verzichtet auf seinen Anspruch auf den Leistungsgegenstand gegen Befreiung von

¹⁰⁶ Jakobs, S. 158; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 812.

¹⁰⁷ Siehe sogleich unter 2c.

¹⁰⁸ Vgl. v. Caemmerer JZ 62, 386; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 813; Kupisch, S. 19f.

¹⁰⁹ Freilich kann sich der Anweisende der Kondiktion des Angewiesenen gegenüber *bei wirksamer Anweisung* nicht darauf berufen, daß die Forderung des Empfängers durch (dauernde) Einreden entwertet war, er also durch die Befreiung von ihr um einen entsprechend geringeren Betrag oder überhaupt nicht bereichert sei (§ 818 III). Veranlaßt der Anweisende den Angewiesenen, den ihm geschuldeten Gegenstand dem Empfänger zuzuwenden und trifft er die Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis, so nimmt er ebendamit die Forderung für vollwertig. Er erweckt zudem beim Angewiesenen die berechtigte Erwartung, aufgrund der Anweisungsleistung an den Empfänger nicht schlechter zu stehen als bei direkter Leistung an den Anweisenden. Daher wäre es ein *venire contra factum proprium* (§ 242), wenn der Anweisende sich gegenüber der Kondiktion des Angewiesenen auf die Entwertung der Forderung des Empfängers berufen wollte.

der Valutaschuld.¹¹⁰ Solche Vorstellungen sind den Parteien der Anweisungsleistung fremd.

2. Die Durchgangstheorie

a) Die Durchgangstheorie im klassischen römischen Recht

Es ist heute nahezu einhellige Ansicht, daß die römischen Juristen der klassischen Zeit bei der Zahlungsanweisung (*delegatio ad solvendum*) eine Zuwendung des Angewiesenen (Delegaten) an den Empfänger (Delegatar) mit Durchgangserwerb des Anweisenden (Deleganten) annahmen.¹¹¹ Als Begründer dieser „Durchgangstheorie“¹¹² wird der (jüngere) *Celsus* angesehen,¹¹³ aber auch *Julian*,¹¹⁴ *Pomponius*¹¹⁵ und *Ulpian*¹¹⁶ sollen sie vertreten haben. Voraussetzung für den Durchgangserwerb des Anweisenden war die Wirksamkeit der Anweisung.¹¹⁷ Der Durchgangserwerb wurde als dingliche, nicht lediglich schuldrechtliche Wirkung verstanden:¹¹⁸ Die simultane Erfüllung der Deckungsschuld des Angewiesenen und der Valutaschuld des Anweisenden trat nicht durch eine Leistung des Angewiesenen an den Empfänger aufgrund einer Anpassung der schuldrechtlichen Voraussetzungen der Erfüllung im Deckungs- und Valutaverhältnis an die Anweisungslage ein, sondern dadurch, daß die Anweisungsleistung des Angewiesenen an den Empfänger die dingliche Wirkung einer Zuwendung des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger hatte. Nicht eindeutig geklärt ist, wie die Klassiker den Durchgangserwerb des Anweisenden als Rechtsfolge der Anweisungsleistung konstruierten. Es überwiegt die Ansicht, daß insbesondere *Celsus* von einer Fiktion des Durchgangserwerbs ausging.¹¹⁹ Dagegen nimmt *H. J. Wolff*¹²⁰ an, daß *Celsus* den Durchgangserwerb als einen „zwar unsichtbaren, aber doch real gedachten Vorgang“ versteht, während der Durchgangsgedanke für *Julian* „lediglich die

¹¹⁰ H. M.; vgl. Larenz SchR I § 18 IV (S. 200 ff.) m. Nachw.

¹¹¹ Vgl. Kaser RPR I § 152 III 2 (S. 651) m. Nachw.; Wieacker, Festschr. f. Erik Wolf, S. 422 f.; weitere Nachweise bei Kupisch SZ 93 (1976), 61 N. 8. a. A. Beseler, Beiträge IV, S. 319; Kupisch, S. 60 ff.

¹¹² Die Bezeichnung stammt von Jhering. Vgl. JhJ 1 (1857), 305 f. mit N. 35 und JhJ 2 (1858), 143 ff.

¹¹³ Vgl. Kaser aaO m. Nachw.; ders. Festschr. f. Felgentraeger, S. 289 ff.; v. Lübtow, Darlehensbegriff, S. 47 f.; Bund, S. 142 ff. *Dagegen*: Kupisch aaO.

¹¹⁴ Vgl. v. Lübtow, Darlehensbegriff, S. 37 ff.; Bund, S. 142 ff.; H. J. Wolff in: Mél. Ph. Meylan I, S. 409 ff.; Kaser, Festschr. f. Felgentraeger, S. 289 ff.

¹¹⁵ Vgl. v. Lübtow, Darlehensbegriff, S. 46 ff.

¹¹⁶ Vgl. v. Lübtow, Darlehensbegriff, S. 47; Kaser aaO.

¹¹⁷ Vgl. v. Lübtow, Darlehensbegriff, S. 34, 42.

¹¹⁸ Dies bestreitet Beseler (Beiträge IV, S. 319). Doch weist Haymann (Bull. 51/52, 1948, 399) zu Recht darauf hin, daß die Durchgangstheorie mit der dinglichen Wirkung „ihres wichtigsten Ergebnisses beraubt“ würde. Vgl. auch Savigny, System IV, S. 592.

¹¹⁹ Kaser aaO (RPR und Festschr. f. Felgentraeger); v. Lübtow, Darlehensbegriff, S. 33 ff., 51 („Fiktionstheorie“); Bund, S. 141 ff.

¹²⁰ Mél. Ph. Meylan I, S. 432 m. Nachw.

Funktion einer fiktiven Hilfskonstruktion“ hat.¹²¹ Gegen die Durchgangstheorie bei der Zahlungsanweisung des klassischen römischen Rechts bringt *Kupisch*¹²² vor, die Fiktion eines Durchgangserwerbs verletze das Traditionsprinzip, ein grundlegendes Prinzip des *ius civile*.¹²³ Die römischen Juristen seien „nicht genötigt“ gewesen, „sich in einer Art ‚naturhistorischer‘ Aussageform die Figur der Delegation ... mit der Vorstellung von einem Zwischenerwerb des Deleganten zurecht zu legen“. ¹²⁴ Es mag sein, daß die von den Klassikern angenommenen Rechtsfolgen der Anweisungsleistung sich auch ohne die Rechtsfigur des Durchgangserwerbs hätten konstruieren und darstellen lassen. Daß die für die Durchgangstheorie angeführten Belegstellen bisher falsch interpretiert wurden, ist denkbar, wenn auch wenig wahrscheinlich. Dies braucht indessen im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zum geltenden Recht nicht weiter verfolgt zu werden. Es kam nur darauf an, die Durchgangstheorie des römischen Rechts oder seiner Wirkungsgeschichte als *Modell* für die Anweisungsleistung des heutigen bürgerlichen Rechts aufzuzeigen.

b) Exkurs: Der Durchgangserwerb im geltenden Recht

aa) Der Anwendungsbereich

Die Rechtsfigur des Durchgangserwerbs wird heute nur noch bei der „Vorausverfügung“ über „künftige Rechte“ erörtert, insbesondere bei der Übereignung des mittelbaren Stellvertreters an den Geschäftsherrn und der Übereignung des Sicherungsgebers an den Sicherungsnehmer (Gläubiger) nach §§ 929, 930 (antezipiertes Besitzkonstitut) und beim Eigentumserwerb des Dritten, dem der Vorbehaltskäufer seine Anwartschaft übertragen hat (§ 455). Nach h. M. findet ein Durchgangserwerb des mittelbaren Stellvertreters und des Sicherungsgebers statt,¹²⁵ während der Anwartschaftsberechtigte das Eigentum (Vollrecht) bei Eintritt der Bedingung unmittelbar vom Vorbehaltsverkäufer erwirbt.¹²⁶ Die überwiegende Meinung, insbesondere der BGH,¹²⁷ konstruiert die Verfügung des Vorbehaltskäufers nicht als Übereignung der Sache, d.h. als Vorausverfügung über das künftige Eigentum,¹²⁸ sondern als Übertragung der dem Vorbehaltskäufer bereits zustehenden Anwartschaft. Diese erstarkt in der Person des Erwerbers zum Vollrecht. Wird damit die Anwartschaft als dingliches Anfallsrecht oder Erwerbsrecht aufgefaßt, so ist für einen Zwischenerwerb des Vorbehaltskäufers nach h. M. kein Raum. Damit bleiben für den Durchgangserwerb nur die Vorausverfügungen über Rechte, hinsichtlich deren dem Verfügenden im Zeitpunkt der Verfügung noch keine Anwartschaft zusteht, die

¹²¹ Kaser, Festschr. f. Felgentraeger, S. 292, lehnt diese Differenzierung ab.

¹²² SZ 93 (1976), 60ff., 64ff., 94f.

¹²³ AaO (S. 64ff.).

¹²⁴ AaO (S. 94f.).

¹²⁵ Vgl. Wieacker, Festschr. f. Erik Wolf, S. 425; Lempenau, S. 63ff. *Kritisch*: Kupisch JZ 76, 417, 419, 423.

¹²⁶ Vgl. BGH 10, 69; 20, 88 (97ff.); 28, 16 (22); 30, 374 (377); Medicus Rn. 484.

¹²⁷ AaO.

¹²⁸ So aber Kupisch JZ 76, 423.

jedoch später in seiner Person entstehen oder ihm übertragen werden sollen. Nur in diesem Fall veräußert der Verfügende wirklich ein (für ihn) zukünftiges Recht und nicht eine bestehende Anwartschaft.

bb) Die rechtliche Konstruktion

Verfügt jemand über eine Sache, die er in Besitz, aber nicht zu eigen hat und die er zu erwerben hofft, nach §§ 929, 930 (antezipiertes Besitzkonstitut), so wird die Übereignung wirksam (Konvaleszenz), „wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt“ (§ 185 II 1, 2. Fall). Der Gesetzgeber ging, wie der Wortlaut zeigt, von der Vorstellung eines Zwischenerwerbs aus. Das Eigentum des Verfügenden gehört zum Tatbestand der Übereignung an den Zweiterwerber, ist Rechtsbedingung ihrer Wirksamkeit. Sobald diese Bedingung erfüllt ist, wird der Zweiterwerber Eigentümer. Der Verfügende hat das Eigentum für eine „logische“ oder „juristische Sekunde“¹²⁹ inne (Durchgangseigentum).

Der Zeitraum, während dessen das Recht dem Verfügenden zusteht, ist so klein wie möglich zu denken, muß jedoch größer bleiben als Null, da sonst das Eigentum unmittelbar vom „Erstveräußerer“ auf den „Zweiterwerber“ überginge (Direkterwerb). Dies würde jedoch weder dem Wortlaut des Gesetzes (§ 185 II 1) noch dem Parteiwillen entsprechen: Der Erstveräußerer, der in der Regel von der Vorausverfügung nichts weiß, will das Eigentum auf den Verfügenden, nicht auf den Zweiterwerber übertragen. Die Einschaltung der „juristischen Sekunde“ dient dazu, die Kette des derivativen Eigentumserwerbs vom Erstveräußerer über den Verfügenden zum Zweiterwerber in die Zeit zu übertragen, die Ableitung einer Rechtsposition aus der anderen durch ein zeitliches Nacheinander darzustellen. Sie „veranschaulicht“ das der Rechtsübertragung zugrunde liegende logische Grund-Folge-Verhältnis freilich nicht nur im Sinne einer bloßen Illustration. Die „juristische Sekunde“ ist kein äußeres Bild für einen rechtlichen oder logischen Sachverhalt, den man auch „rein“ denken oder darstellen könnte. Vielmehr hat das übertragene Eigentum seinem Wesen nach eine zeitliche Dimension: Wer „zu keiner Zeit“ Eigentümer war, war nicht Eigentümer. Wer aber Eigentümer ist, ist es zumindest für die „juristische Sekunde“. Daher läßt sich die Rechtsnachfolge des Verfügenden nach dem Erstveräußerer, des Enderwerbers nach dem Verfügenden bei Vorausverfügung (§ 185 II 1) nicht ohne Durchgangserwerb denken. Die „juristische Sekunde“ ist also ontologisch, in der Zeitlichkeit des Eigentums und aller Rechte begründet.¹³⁰ Rechte sind notwendig auf die (zeitliche) Wirklichkeit bezogen, innerhalb deren, als deren Teil das vom Recht geregelte menschliche Verhalten stattfindet, müssen daher derselben Zeit angehören wie dieses. Die Dauer der Rechte und damit auch die „juristische Sekunde“ erstreckt sich innerhalb der natürlichen Zeit.¹³¹ Dies zeigt ein Beispiel:

¹²⁹ Vgl. Wieacker, Festschr. f. Erik Wolf, S. 421 ff. *Kritisch:* Kupisch JZ 76, 417 ff.

¹³⁰ Zur Zeitlichkeit des Rechts vgl. allgemein G. Husserl, S. 7 ff.

¹³¹ Wieacker, Festschr. f. Erik Wolf, S. 437, 438, 444, verlegt die juristische Sekunde in eine „ideale“ Zeit.

Der Mieter bringt eine Sache, die ihm nicht gehört, in die Wohnung ein. Er veräußert sie (Vorausverfügung) an X nach §§ 929, 930 (antezipiertes Besitzkonstitut). Später erwirbt der Mieter das Eigentum, seine Verfügung wird nach § 185 II 1 wirksam, X wird Eigentümer. Sein Eigentum ist jedoch mit dem Vermieterpfandrecht (§§ 559 ff.) belastet, das während des Eigentums des Mieters, also in der „juristischen Sekunde“ entstand. Diese ist daher als reale Zeitspanne zu denken, während deren der Tatbestand des § 559 einschließlich des Eigentums des Mieters erfüllt war. Entfernt der Mieter die Sache in der fraglichen Zeit aus der Wohnung, so kommt es darauf an, wann er Durchgangseigentümer war, ob also das Vermieterpfandrecht, als er die Sache wegnahm, bereits bestand. Dies kann jedoch nur geprüft werden, wenn die „juristische Sekunde“ in der natürlichen Zeit zu lokalisieren ist: Sie beginnt – und endet, da sie unendlich klein zu denken ist – in dem Zeitpunkt, in dem der Mieter Eigentum erwirbt, d.h. der Erwerbstatbestand vollendet ist und ohne Zeitverzug die Rechtsfolge eintritt. Befand sich in diesem Moment die Sache in den vermieteten Räumen, so entstand das Vermieterpfandrecht. Da die Sache vor der Veräußerung an X eingebracht wurde und die Einbringung beim gesetzlichen Vermieterpfandrecht dem Rechtsgeschäft der Verpfändung entspricht, geht das Pfandrecht im Rang dem Eigentum des X vor (Priorität), obwohl beide „Verfügungen“ erst mit dem Eigentumserwerb des Mieters wirksam wurden. X erwirbt belastetes Eigentum.

Die Rechtsfigur des Durchgangserwerbs ist als Instrument der Dogmatik allgemein anerkannt.¹³² Das bestätigen indirekt auch die Gerichtsentscheidungen oder wissenschaftlichen Stellungnahmen, die diese Konstruktion für den Einzelfall ablehnen. Sie gehört zum bleibenden Bestand des dogmatischen Instrumentariums, zu dem Vorrat „heuristischer Lösungsvorschläge, aus dem Erfahrungs- und Gerechtigkeitsurteil des Richters oder Rechtsdogmatikers ihre Auswahl treffen“.¹³³

cc) Die Rechtsfolgen

Mit dem oben gegebenen Beispiel wurde ein Teil der Rechtswirkungen des Durchgangserwerbs bereits angedeutet. Was für das Vermieterpfandrecht nach §§ 559 ff. gilt, ist auf andere *gesetzliche Pfandrechte*, z.B. das Pfandrecht des Werkunternehmers (§ 647) und des Gastwirts (§ 704) zu übertragen. Auch in diesen Fällen kann ein Pfandrecht entstehen, das Eigentum des Enderwerbers belastet sein, wenn der Besteller die übergebene, der Gast die eingebrachte Sache, die ihm nicht gehört, veräußert und danach für eine „juristische Sekunde“ Eigentum erwirbt (Durchgangserwerb).

¹³² Vgl. die Rspr. des BGH (oben N. 126); RG 140, 223; Lempenau, S. 63 ff. m.w. Nachw.; Wieacker, Festschr. f. Erik Wolf, S. 421 ff.; Enneccerus/Nipperdey AT § 197 II 4a (S. 1201); Larenz SchR I § 34 III (S. 458); Medicus Rn. 484; Palandt/Heinrichs § 398 Anm. 3c; Stöber, S. 28. *Ablehnend:* Kupisch JZ 76, 417 ff.

¹³³ Wieacker, Festschr. f. Erik Wolf, S. 451 ff.

Ein ähnliches „*Zwischenrecht*“ kann nach § 1120 entstehen. Ist z. B. eine Sache, die dem Grundeigentümer nicht gehört, Zubehör (§ 97) des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks und übereignet sie der Grundeigentümer an X (Vorausverfügung) nach §§ 929, 930 (antezipiertes Besitzkonstitut), so erwirbt X gem. § 185 II 1 das Eigentum, wenn der Grundeigentümer das Eigentum an der Sache erwirbt (Durchgangseigentum), freilich belastet mit der Hypothekenhaftung.

Dasselbe gilt für den *Eigentumserwerb des Verpächters an Inventarstücken* nach § 588 II 2. Der Pächter hat eine Sache, die in fremdem Eigentum steht, dem Inventar des Grundstücks einverleibt. Er übereignet sie nach §§ 929, 930 dem X (Vorausverfügung). Erwirbt nun der Pächter Eigentum, so geht dieses nach der „juristischen Sekunde“ auf den *Verpächter* über (gesetzlicher Eigentumserwerb). Da die Sache vor der Übereignung an X dem Inventar einverleibt wurde, was dem rechtsgeschäftlichen Vollzug einer Übereignung entspricht, und von mehreren konkurrierenden Vorausverfügungen nur die frühere wirksam wird,¹³⁴ erwirbt der Verpächter, nicht X das Eigentum.

Hat der Vollstreckungsschuldner Aussicht auf den Erwerb eines Anspruchs, so können seine Gläubiger „*die künftige Forderung*“ pfänden.¹³⁵ Tritt er nach der Pfändung die Forderung an X ab (Vorausverfügung),¹³⁶ so wird der Zessionar X Gläubiger, sobald der Vollstreckungsschuldner die Forderung erwirbt (§ 185 II 1), die Forderung in seiner Person entsteht oder ihm übertragen wird.¹³⁷ Im Augenblick dieses Durchgangserwerbs wird die Pfändung wirksam (Verstrickung, Pfändungspfandrecht).¹³⁸ Da die Pfändung vor der Abtretung erfolgte, erwirbt X die Forderung belastet mit dem Pfandrecht.¹³⁹ Bei der Pfändung beweglicher Sachen oder der Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist eine Pfändung künftiger Rechte des Vollstreckungsschuldners ausgeschlossen. Dies ergibt sich aus dem – bei Forderungen durchbrochenen – Grundsatz des Vollstreckungsrechts, den Erwerbswillen des Schuldners nicht zu unterdrücken.¹⁴⁰ Die Pfändung einer Sache, die der Vollstreckungsschuldner für eine „juristische Sekunde“ erwirbt (Durchgangseigentum) könnte daher nur in diesem Zeitraum selbst erfolgen. Sie ist trotz dessen Kürze praktisch möglich, wenn der Gerichtsvollzieher im Moment des Eigentumserwerbs des Vollstreckungsschuldners bereit steht. Auch wenn der Vorgang der Pfändung unendlich langsamer abläuft als die „juristische Sekunde“, kommt es doch zur

¹³⁴ Vgl. Kupisch JZ 76, 422.

¹³⁵ Vgl. Stein/Jonas/Münzberg ZPO § 829 Anm. I 1 a; Stöber, S. 28.

¹³⁶ Zur Abtretung künftiger Forderungen vgl. Palandt/Heinrichs § 398 Anm. 3 c m. Nachw.; Larenz SchRI § 34 III (S. 458); Stein/Jonas/Münzberg ZPO § 829 Anm. I 1 a m. Nachw.; Stöber aaO.

¹³⁷ So für den – hier angenommenen – Fall, daß dem Vollstreckungsschuldner kein Anwartschaftsrecht an der Forderung zustand: Palandt/Heinrichs, Larenz aaO. Für *Direkterwerb* des Zessionars (Enderwerbers) auch in diesem Fall: Stöber aaO m. Nachw.

¹³⁸ Vgl. Stein/Jonas/Münzberg aaO.

¹³⁹ Auch bei der Konkurrenz von Vorausverfügungen und Vollstreckungsmaßnahmen kommt es auf die zeitliche Reihenfolge der Akte an (vgl. Stein/Jonas/Münzberg, Stöber aaO).

¹⁴⁰ Vgl. Blomeyer Zivilprozeßrecht-Vollstreckungsverfahren, S. 83.

zeitlichen Deckung von Pfändungsakt und Eigentum des Vollstreckungsschuldners, ist die Pfändung wirksam. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, daß Durchgangseigentum der Pfändung grundsätzlich entzogen sein sollte.

Weiter ist der Durchgangserwerb von Bedeutung bei der *Leistungskondiktion*. Hat der Erstkäufer (Verfügende) eine Sache weiterverkauft und an den Zweitkäufer übereignet, bevor er selbst Eigentümer wurde (Vorausverfügung), so erwirbt aufgrund der Übereignung des Verkäufers an den Erstkäufer auch der Zweitkäufer Eigentum (§ 185 II 1). Er erwirbt vom Erstkäufer (Durchgangseigentümer), so daß eine Leistungs- oder Bereicherungskette zustande kommt. Daher kondiziert bei mangelhaftem Erstkauf der Verkäufer vom Erstkäufer (Verfügenden), bei einem Mangel des Zweitkaufs der Erstkäufer vom Zweitkäufer. Die Leistungen und die Leistungskonditionen entsprechen der Richtung der Zuwendungen (Verfügungen).

Dasselbe muß im Fall des *Rücktritts* im Erst- oder Zweitkauf für die Rückabwicklung nach §§ 346 ff. gelten. Innerhalb der Zuwendungskette (Zweipersonenverhältnis) kann wegen des Gleichlaufs von dinglichen Erfüllungsgeschäften und Leistungen im Sinne des § 812 I 1 kein Unterschied zwischen Parteien und Inhalt der Leistungskondiktion und des Rückgewähranspruchs nach § 346 bestehen.

Der Durchgangserwerb setzt auch die Bedingungen für einen *gutgläubigen Erwerb* nach §§ 892 f., 932 ff. Erwirbt der mittelbare Stellvertreter von einem Nichtberechtigten, so kommt es auf *seinen* guten Glauben an, auch wenn er nur für eine „juristische Sekunde“ erwirbt. Der Geschäftsherr erwirbt dann von ihm als vom Berechtigten, auch ohne guten Glauben daran, daß der Erstveräußerer Eigentümer war. Etwas anderes würde nur gelten, wenn der bösgläubige Geschäftsherr den gutgläubigen Vertreter arglistig einschaltet, um trotz eigenen bösen Glaubens über ihn Eigentum erwerben zu können.¹⁴¹

Beim Durchgangserwerb kommt es für die Wirksamkeit der Vorausverfügung nach § 185 II 1 darauf an, ob der Verfügende im Zeitpunkt seines Rechtserwerbs *verfügungsberechtigt* ist. Die Verfügungsbefugnis¹⁴² muß – anders als die Geschäftsfähigkeit¹⁴³ – nicht im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts, sondern in dem Zeitpunkt gegeben sein, in dem es wirksam werden soll. Dies ist bei der Vorausverfügung der Zeitpunkt des Rechtserwerbs des Verfügenden. Hat also der mittelbare Stellvertreter (Verfügende) zuvor etwa nach §§ 6, 7 KO die Verfügungsbefugnis über sein vom Konkurs erfaßtes Vermögen verloren, so wird die Vorausverfügung nicht wirksam.¹⁴⁴ Die erworbene Sache fällt in die Konkursmasse. Nimmt man hingegen einen Direkterwerb des Geschäftsherrn (Enderwerbers) an, so ist dieser

¹⁴¹ So die h.M. für den Rückerwerb des Nichtberechtigten, der an einen Gutgläubigen übereignet, um von ihm als vom Berechtigten trotz eigenen schlechten Glaubens erwerben zu können (vgl. Palandt/Bassenge Vorbem. 1c vor § 932).

¹⁴² Vgl. v. Tuhr AT II 1, S. 368; Larenz AT § 18 II c (S. 281).

¹⁴³ Vgl. v. Tuhr aaO.

¹⁴⁴ Die Verfügungsbefugnis ist ein Wirksamkeitserfordernis des Verfügungsgeschäfts (vgl. v. Tuhr aaO, S. 365).

wirksam: Eine Verfügung des mittelbaren Stellvertreters (Gemeinschuldners) nach Eröffnung des Konkurses über einen Gegenstand der Masse ist dann nicht gegeben.

Der Durchgangserwerb des Verfügenden schafft schließlich die Voraussetzungen für eine *Anfechtung der Gläubiger* des Erstveräußerers gegen ihn und eine Anfechtung seiner Gläubiger gegen den Enderwerber (§§ 3f. AnfG.; 30ff. KO). Die Gläubiger des Erstveräußerers können nur unter bestimmten Voraussetzungen gegen den Enderwerber als gegen den Rechtsnachfolger des Verfügenden vorgehen (§ 11 II AnfG.; § 40 II KO). Bei einem Direkterwerb des „Enderwerbers“ hingegen wäre dieser der Anfechtungsgegner der Gläubiger des „Erstveräußerers“.

Wie diese Rechtsfolgen zeigen, ist es für die Beteiligten von erheblicher Bedeutung, ob der „Enderwerber“ direkt vom „Erstveräußerer“ oder mit Durchgangserwerb des Verfügenden erwirbt. Man kann also kaum sagen, der Durchgangserwerb habe „auch nicht den geringsten juristischen Aussagewert“.¹⁴⁵

Die dargestellten Rechtsfolgen des Durchgangserwerbs werden z. T. als „Nachteile“ empfunden. Insbesondere wird darauf hingewiesen, daß der Verfügungsgegner (Enderwerber) in manchen Fällen wegen des Zwischenerwerbs das Recht nicht (§ 588 II 2) oder belastet mit Pfandrechten (§§ 1120, 559, 647, 704 BGB; § 804 ZPO) erwerbe, während er bei Direkterwerb vom Erstveräußerer ohne diese Beschränkungen erwerben würde. Für solche Überlegungen ist freilich kein Raum, wenn der Erstveräußerer eindeutig an den Verfügenden übereignet oder zediert, unter Umständen von einer Weiterveräußerung durch Vorausverfügung nichts weiß. Der Durchgangserwerb entspricht dann nicht nur der gesetzlichen Regelung in § 185 II 1, sondern vor allem dem Willen des Erstveräußerers und des Verfügenden. Ein Direkterwerb des „Enderwerbers“ ist hingegen anzunehmen, wenn der „Erstveräußerer“ an ihn oder an „den, den es angeht“ übereignen oder abtreten will. Auch wo durch Auslegung ermittelt werden muß, wem der „Erstveräußerer“ zuwenden wollte, ist das mögliche Eintreten den Enderwerber belastender Zwischenrechte zu berücksichtigen und, wenn nicht im Einzelfall Interessen des Erstveräußerers oder des Verfügenden entgegenstehen, anzunehmen, daß dem Enderwerber dieses Risiko abgenommen werden soll. In einer ähnlichen Situation, beim Erwerb des Vorbehaltseigentums aufgrund einer übertragenen Anwartschaft, begründet der BGH¹⁴⁶ den Direkterwerb des Anwartschaftsberechtigten damit, daß der Vorbehaltsverkäufer (Erstveräußerer) kein Interesse an der Person des Erwerbers des Vollrechts bei Eintritt der Bedingung habe. Allerdings ist in diesem Fall der Erwerber trotz des Direkterwerbs nicht vor Zwischenrechten geschützt, da sich die gesetzlichen Pfandrechte und die Hypothekenhaftung (§ 1120) auch auf das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers erstrecken und sich später am Vollrecht fortsetzen. Damit hat für den Fall der Weitergabe eines Anwartschaftsrechts die Unterscheidung zwischen Direkterwerb des Vollrechts und Durchgangserwerb ihre praktische Bedeutung in der Tat verloren.¹⁴⁷

¹⁴⁵ So Kupisch JZ 76, 417ff., 422.

¹⁴⁶ BGH 20, 88 (99).

¹⁴⁷ Vgl. Medicus Rn. 484.

c) Der Durchgangserwerb des Anweisenden

Die Durchgangstheorie wird im gegenwärtigen Bereicherungsrecht¹⁴⁸ für die Anweisung¹⁴⁹ nicht mehr vertreten. Nach ihr bewirkt die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden eine Kette von Zuwendungen des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger. Der Anweisende erwirbt „Durchgangseigentum“: Zwischen den Rechtsübergängen vom Angewiesenen auf den Anweisenden, dem Anweisenden auf den Empfänger liegt eine „juristische Sekunde“, während der der Anweisende das Eigentum innehat. Die Vorstellung dieser „Sekunde“ ermöglicht es hier, den einheitlichen Zuwendungsvorgang der Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden in eine Kette aus zwei Zuwendungen zu zerlegen.¹⁵⁰ Bei der Vorausverfügung über ein „künftiges Recht“ waren *zwei* Verfügungen, eine Kette von Zuwendungen, real vollzogen worden und die Frage war, ob sie nicht in der Rechtswirkung zu *einem* Rechtsübergang unter Auslassung des Mittelgliedes (des Verfügenden) zusammenzuziehen waren. Bei der Anweisungsleistung ist umgekehrt ein einziger Zuwendungsvorgang gegeben (zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger), der nach dem Parteiwillen „für Rechnung“ des Anweisenden, also wie eine Kette zweier Zuwendungen wirken soll. Bei der Vorausverfügung wie bei der Anweisungsleistung sind Durchgangserwerb und Direkterwerb konstruktiv möglich. Es ist in beiden Fällen eine Frage der Auslegung des Zuwendungsgeschäfts, wie der Rechtsübergang erfolgen soll. Dabei ist es in der Regel bei der Vorausverfügung nicht möglich, ohne Gewaltsamkeit einen Direkterwerb anzunehmen, da der Erstveräußerer meist eindeutig an den Verfügenden leistet. Bei der Anweisungsleistung hingegen spricht der erste Anschein für einen Rechtsübergang vom Angewiesenen auf den Empfänger. Doch wäre damit das Wesentliche übersehen: Der Angewiesene wendet dem Empfänger nicht „für eigene Rechnung“ zu – etwa um eine eigene Schuld ihm gegenüber zu tilgen oder um nach § 267 die Valutaschuld zu erfüllen –, sondern „für Rechnung des Anweisenden“. Nur deshalb, weil der Angewiesene bei der Zuwendung bestimmt, daß sie dem Anweisenden zugerechnet werden soll, ist es möglich, im Wege der Auslegung der Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger einen Erwerb des Empfängers mit Durchgangserwerb des Anweisenden anzunehmen.

Die spezifische Rechtswirkung des Durchgangserwerbs bei der Anweisungsleistung ist, daß *in der Rechtsfolge* eine Zuwendungskette vom Angewiesenen an den Anweisenden, vom Anweisenden an den Empfänger stattfindet: *Derselbe Gegenstand* wird vom Angewiesenen dem Anweisenden zugewendet, von diesem an den Empfänger weitergeleitet. Die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden hat die Wirkung zweier *unmittelbarer* Zuwendungen (des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfän-

¹⁴⁸ Ausdrücklich gegen einen dinglichen Durchgangserwerb: Kupisch, 49f. Zum römischen Recht s. o. 2a.

¹⁴⁹ Zum Vertrag zugunsten Dritter s. u. § 12 II vor 1.

¹⁵⁰ Vgl. Wieacker, Festschr. f. Erik Wolf, S. 424.

ger). *Mittelbar* sind diese Zuwendungen nur insofern, als sie durch einen Zuwendungsvorgang zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger, also zwar auf Veranlassung und mit Ermächtigung, aber ohne direkte Beteiligung des Anweisenden zustandekommen. *Mittelbarkeit der Zuwendung besteht also nur auf der Seite des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, nicht auf seiten der Rechtsfolgen der Anweisungsleistung.*

Der Durchgang des Leistungsgegenstandes durch das Vermögen des Anweisenden wird vielfach als *Fiktion* aufgefaßt.¹⁵¹ Diese Vorstellung findet sich bei Anhängern der älteren Bereicherungslehre, bei Vertretern der neueren Lehre und bei deren Kritikern: Die Leistung des Angewiesenen „gilt“¹⁵² oder „soll gelten“¹⁵³ als Leistung des Anweisenden an den Empfänger. Die Einlösung des Schecks „gilt“ als Zahlung des Ausstellers an den Empfänger.¹⁵⁴ Die Verbindlichkeit des Angewiesenen im Deckungsverhältnis erlischt, „als hätte der Anweisende den Leistungsgegenstand dinglich in sein Vermögen bekommen.“¹⁵⁵ Der Anweisende wird mit einer Kondiktion des Angewiesenen belastet, „wie wenn“ der Angewiesene die Leistung dinglich in das Vermögen des Anweisenden erbracht hätte.¹⁵⁶ Am klarsten ist dies alles bei *Enneccerus/Lehmann*¹⁵⁷ ausgesprochen: „Daß für Rechnung des Anweisenden zu zahlen ist, besagt: Die Zahlung soll als *direkte* Zahlung des Angewiesenen an den Anweisenden gelten, das Kausalverhältnis zwischen beiden *unmittelbar* beeinflussen; sie soll ferner als *direkte* Zahlung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger gelten, das Kausalverhältnis zwischen diesen so beeinflussen, als ob sie vom Anweisenden selbst – und nicht von einem Dritten (§ 267) – gemacht sei. Eine wirkliche Leistung soll rechtlich wie zwei verschiedene Leistungen, eine des Angewiesenen an den Anweisenden und eine des Anweisenden an den Anweisungsempfänger angesehen werden“. Aufgrund solcher Äußerungen spricht *Kaehler* von einer „*Fiktionstheorie*“.¹⁵⁸ Demgegenüber ist zu betonen, daß die Wirkung des Durchgangserwerbs nach der hier vertretenen Auffassung als *reale Rechtswirkung* der Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden zustande kommt, ähnlich wie das Vertretergeschäft Fremdwirkung gegenüber dem Vertretenen hat. Die Anweisungsleistung ist *nicht* nur rechtlich so zu behandeln, als hätte ein Durchgangserwerb stattgefunden. Dann wäre der Einwand *Jherings*¹⁵⁹ berechtigt: „Wer behauptet, es sei so gut, als ob dies und das geschehen wäre, sagt damit aus, daß es nicht geschehen ist“. Hier wird angenommen, daß der

¹⁵¹ So vor allem Savigny System IV, S. 590f.; Riehl, S. 13; Mantzoufas, S. 19, und die im Folgenden angeführten Autoren. Dagegen s. o. § 3 III 3 (mit Nachw. in N. 60).

¹⁵² Berg JuS 64, 138.

¹⁵³ Baur/Wolf JuS 66, 395.

¹⁵⁴ v. Caemmerer JZ 62, 385.

¹⁵⁵ Wilhelm JuS 73, 3.

¹⁵⁶ Wilhelm, S. 117.

¹⁵⁷ § 203 I 2b, S. 828 (Hervorhebungen im Original).

¹⁵⁸ S. 120 N. 404. An den von ihm angegebenen Belegstellen (v. Salpius, v. Tuhr, Heck, Krawielicki) findet sich jedoch nichts Einschlägiges.

¹⁵⁹ JhJ 2 (1858), 145 N. 75; zust. Kupisch, S. 40 N. 107, S. 49 N. 152 und SZ 93 (1976), 62, 67.

Durchgangserwerb *wirklich* eintritt, mit derselben Rechtswirkung, „als ob“ der Angewiesene in einer realen, ausgeführten Zuwendungskette direkt dem Anweisenden, dieser direkt dem Empfänger zugewendet hätte. Es ist zu beachten, an welcher Stelle das „als ob“ eingeführt wird: Der Durchgangserwerb des Anweisenden ist als Rechtsfolge eine Realität, aber er tritt aufgrund eines abgekürzten Zuwendungsgeschäfts genauso ein, „als ob“ eine ausgeführte Kette zweier Zuwendungsgeschäfte vollzogen worden wäre. Diese Kette – das läßt sich in der Tat aus dem „als ob“ ablesen – hat nicht stattgefunden.

Die Fiktionstheorie führt zu genau denselben Ergebnissen wie die hier vertretene Theorie des realen Durchgangserwerbs. Von den Rechtsfolgen her sind beide Theorien also gleichwertig. Für die Durchgangstheorie spricht jedoch einmal, daß Fiktionen dem Denken der Parteien fremd sind. Sie verdient zum anderen aus dogmatischen Gründen den Vorzug. Es entspricht einer Ökonomie des Denkens, an den Tatbestand der Anweisungsleistung unmittelbar die Rechtsfolge der Kettenwirkung zu knüpfen, anstatt zunächst den Tatbestand einer ausgeführten Leistungskette zu fingieren, um auf diesem Umweg zu denselben Rechtsfolgen zu kommen. Die moderne Zivilistik zieht es vor, eine extensive Auslegung oder eine Analogie vorzunehmen, also beim Tatbestand der Norm anzusetzen, wenn ein vom Gesetz nicht unmittelbar erfaßter Fall zu regeln ist, und nicht durch Hilfsnormen (Fiktionsanordnungen) zum Zweck der Rechtsanwendung den Sachverhalt zu ändern, um auf ihn den gesetzlichen Tatbestand, wie er ursprünglich verstanden wurde, direkt anwenden zu können.

Bei der *Leistungskondiktion* kommt die Durchgangstheorie zunächst zu denselben Ergebnissen wie die h.M.: Auch sie nimmt im Sinne des § 812 I 1, 1. Alt. eine Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger an und kommt so zu einer Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse. Daher konnte der Anschein entstehen, zumindest für die Leistungskondiktion sei die Frage des *dinglichen* Direkt- oder Durchgangserwerbs ohne praktische Bedeutung.¹⁶⁰ Dabei wird jedoch übersehen, daß die Frage des Rechtserwerbs nicht isoliert für die Leistungskondiktion beantwortet werden kann, sondern für alle Zuwendungsfolgen von der Leistungskondiktion bis zur Gläubigeranfechtung einheitlich zu entscheiden ist. Im übrigen unterscheidet sich die Kondiktion aufgrund der Annahme eines dinglichen Durchgangserwerbs des Anweisenden sehr wohl von der Leistungskondiktion der h.M.: Für die h.M. ist Gegenstand der Kondiktion des Angewiesenen gegen den Anweisenden der Wert der Schuldbefreiung im Valutaverhältnis oder die Kondiktion des Anweisenden gegen den Empfänger, während der Anweisende vom Empfänger bei einem Mangel des Valutaverhältnisses den Leistungsgegenstand selbst kondiziert. Die h.M. sieht damit nicht, daß eine vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger führende Leistungskette stattfindet, der Angewiesene dem Anweisenden den Leistungsgegenstand zuwendet und der Anweisende diesen an den Empfänger weitergibt.

¹⁶⁰ Vgl. Lempenau, S. 106f., 108.

Die Rechtsfolgen des Durchgangserwerbs bei der Anweisungsleistung entsprechen im übrigen grundsätzlich denen des Durchgangserwerbs aufgrund einer „Vor- ausverfügung“. Sie sollen hier kurz angedeutet, später ausführlich erörtert werden. Alle Leistungsfolgen treten so ein, wie wenn eine Kette aus zwei Zuwendungen (des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger) ausgeführt, also ohne Abkürzung vollzogen worden wäre. Nimmt man eine über den Anweisenden laufende Zuwendungskette an, leistet im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis der Schuldner an den Gläubiger. Die Erfüllung tritt nach § 362 I ein. Erbringt der Angewiesene eine mangelhafte Leistung, so entstehen für den Anweisenden ihm gegenüber Gewährleistungsrechte nach den Regeln des Deckungsverhältnisses, für den Empfänger dem Anweisenden gegenüber Gewährleistungsrechte nach der Regelung des Valutaverhältnisses. Beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung erhält der Angewiesene nach der Austauschtheorie im Deckungsverhältnis vom Anweisenden den vollen Wert der von diesem geschuldeten Gegenleistung, sobald er „für Rechnung“ des Anweisenden an den Empfänger geleistet hat. Die Rückabwicklung der Anweisungsleistung findet innerhalb der Kausalverhältnisse statt, der Anweisende kann vom Empfänger, der Angewiesene vom Anweisenden Rückgewähr des Leistungsgegenstandes verlangen. Dies gilt einheitlich für alle Anspruchsgrundlagen: §§ 607 I; 556, 589, 604; 346 ff.; 812 ff. BGB. Ebenso stehen Anfechtungsansprüche den Gläubigern oder dem Konkursverwalter des Anweisenden gegenüber dem Empfänger, den Gläubigern oder dem Konkursverwalter des Angewiesenen gegenüber dem Anweisenden zu (§§ 3 f. AnfG; §§ 29 ff. KO).

d) Vorläufige Rechtfertigung der Durchgangstheorie

Eine Theorie rechtfertigen heißt zunächst ihre logische Möglichkeit und ihre Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht dartun. Über ihren relativen Wert gegenüber anderen Theorien entscheidet, wieweit sie die Interessen der Parteien und die einschlägigen gesetzlichen Wertungen verwirklicht (teleologisches Kriterium), ihre dogmatische Prägnanz und ihre Praktikabilität. Die logische Möglichkeit des Durchgangserwerbs des Anweisenden und die Möglichkeit, ihn durch eine Wirkung des Zuwendungsvorgangs zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger herbeizuführen, kann nicht bezweifelt werden.

aa) Die Vereinbarkeit der Durchgangstheorie mit dem geltenden Recht

Nach der Durchgangstheorie ist die Anweisungsleistung eine Rechtsübertragung und ein Erwerbsgeschäft eigener Art. Der Anweisende erwirbt den Leistungsgegenstand für eine „juristische Sekunde“ aufgrund der dem Angewiesenen erteilten Ermächtigung (Anweisung) und der Veräußerung des Leistungsgegenstandes durch den Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden, „wie wenn“ der Angewiesene den Leistungsgegenstand durch In-sich-Geschäft (§ 181) auf den Anweisenden übertragen und sogleich im Namen des Anweisenden (§§ 164 ff.) an den Empfänger weiterveräußert hätte. Der Anweisende wird dabei

nicht nur im Verhältnis der Parteien (relativ) berechtigt oder ist nicht nur vom Angewiesenen und Empfänger so zu behandeln, als ob er berechtigt (gewesen) wäre. Die Berechtigung des Anweisenden ist dinglich, wirkt absolut. Eine solche Rechtsübertragung ist aufgrund der Privatautonomie (§ 305) sicherlich zulässig, wenn Gegenstand der Anweisungsleistung eine Forderung oder ein anderes nach §§ 413, 398 ff. zu übertragendes Recht ist. Bedenken könnten hingegen bei der Übertragung von beweglichen Sachen und Grundstücken bestehen, da das geltende Sachenrecht nur bestimmte Formen der Rechtsübertragung zuläßt (numerus clausus der Übertragungsgeschäfte).

α) Die Übereignung von beweglichen Sachen. Kupisch¹⁶¹ wendet gegen den Durchgangserwerb des klassischen römischen Rechts ein, er verletze das Traditionsprinzip, ein grundlegendes Prinzip des *ius civile*. Diesem Prinzip folgt im wesentlichen auch das BGB. Daher erscheint es problematisch, daß der Anweisende Eigentümer einer beweglichen Sache werden kann, ohne je Besitzer gewesen zu sein. Die Offenkundigkeit des dinglichen Rechts durch den Besitz ist notwendig wegen der absoluten Wirkung des Rechts. Zugunsten des Besitzers wird vermutet, daß er Rechtsinhaber ist (§ 1006 I 1). Vom Besitzer kann gutgläubig erworben werden (§§ 932 ff.). Der Besitz kann, da er den Rechtsschein der Eigentümerherstellung erweckt, die Entscheidung Dritter, insbesondere wirtschaftliche Dispositionen von Kreditgebern beeinflussen.¹⁶² Daher wird im Sachenrecht aus Gründen der Rechtssicherheit die Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Übertragungsvorgänge grundsätzlich von ihrer äußerlichen Sichtbarkeit abhängig gemacht (Übertragungswirkung der Publizität).¹⁶³

Soweit der Anweisende als Durchgangseigentümer sich zum Beweis dieses früheren Eigentums nicht auf früheren Besitz berufen kann (§ 1006 II), stellt dies einen unerheblichen Nachteil dar: Wäre der Anweisende während der „juristischen Sekunde“ seines Eigentums auch Besitzer gewesen, so wäre dies ebenso schwer nachweisbar wie das Durchgangseigentum, dessen Vermutung der Besitz begründen soll. Im übrigen hat der Anweisende diesen Nachteil in Kauf genommen, als er die Anweisungsleistung veranlaßte. Die Gutgläubenswirkung des Besitzes hat beim Durchgangseigentum nur begrenzte Bedeutung, da bei der Anweisungsleistung niemand außer dem Empfänger vom Anweisenden gutgläubig erwerben kann. Entscheidungen Dritter können vom Durchgangseigentum des Anweisenden nicht beeinflußt werden: Innerhalb der „juristischen Sekunde“ fällt keine reale Entscheidung. Danach kann man, vor allem wegen seiner kurzen Dauer,¹⁶⁴ auf eine Publizität des Durchgangseigentums verzichten. Zudem fehlt es dem Durchgangserwerb aufgrund der Anweisungsleistung an Publizität nicht vollkommen, wie der Fall der durch sogenannten Geheißerwerb¹⁶⁵ vollzogenen Zuwendungskette zeigt.

¹⁶¹ SZ 93 (1976), 64 ff.

¹⁶² Vgl. Westermann SaR § 3 I 2 (S. 13).

¹⁶³ Vgl. Baur SaR § 4 II (S. 28 f.).

¹⁶⁴ Dagegen Kupisch SZ 93 (1976), 65.

¹⁶⁵ S.o. § 3 III 2 a (Nachw. in § 3 N. 42).

Beim „*Geheißerwerb*“, dem die Anweisungsleistung ähnlich ist, übereignet der Ersterwerber („Anweisende“) eine bewegliche Sache nach § 929 an den Zweiterwerber („Empfänger“). Seine Verfügung wird wirksam, sobald er selbst, ebenfalls nach § 929, vom Veräußerer („Angewiesenen“) erwirbt (§ 185 II 1, 2. Fall). Es findet eine doppelte Veräußerung statt, eine Übereignungskette mit Durchgangserwerb des Ersterwerbers („Anweisenden“).¹⁶⁶ Die Übergabe wird für *beide* Übereignungsvorgänge dadurch vollzogen, daß der Veräußerer „auf Geheiß“ des Ersterwerbers an den Zweiterwerber übergibt. Der Ersterwerber braucht dabei auch nicht mittelbaren Besitz zu haben: Es genügt für die Offenkundigkeit der Veräußerung an den Ersterwerber und der Weiterveräußerung an den Zweiterwerber, daß der Veräußerer (Besitzer) bei der Übergabe „dem Geheiß“ des Ersterwerbers folgt. Von *Caemmerer*¹⁶⁷ spricht in diesem Zusammenhang von einer „weitherzigen Handhabung des Traditionsprinzips“. Dennoch ist der „Geheißerwerb“ anerkannt und offenbar mit dem geltenden Recht vereinbar. Eine ähnliche Publizität hat auch der Durchgangserwerb des Anweisenden: Der Angewiesene übergibt auf Anweisung an den Empfänger, folgt also „dem Geheiß“ des Anweisenden (Ersterwerbers). Eine gewisse Lockerung der Publizität nehmen alle Theorien in Kauf, nach denen Wirkungen der Anweisungsleistung in der Person des Anweisenden eintreten.

β) *Die Übereignung von Grundstücken.* Die „abgekürzte Übereignung“ von Grundstücken hat erhebliche praktische Bedeutung.¹⁶⁸ Häufig veräußert der Ersterwerber das Grundstück weiter und vereinbart, daß die Auflassung gegenüber dem Zweiterwerber erfolgen soll, oder er tritt, wenn die Auflassung ihm gegenüber bereits erfolgt ist, die Rechte daraus dem Zweiterwerber ab. Auf die Zwischeneintragung des Ersterwerbers wird verzichtet. Der „Ersterwerber“ wird daher nicht Eigentümer.

Auf diese Weise wird nur *eine* Auflassung und *eine* Eintragung erforderlich, die Parteien sparen die Kosten der Auflassung an den Ersterwerber und seiner Eintragung. Diese Ersparnis läßt sich durch die Anweisungsleistung, wie sie hier verstanden wird, *nicht* erzielen. Der Angewiesene mag die Auflassung an den Anweisenden im Wege des Selbstkontrahierens (analog § 181) erklären, der Anweisende nur für die „juristische Sekunde“ Eigentümer werden – es sind doch zwei Auflassungen zu beurkunden und der Anweisende und der Empfänger als Eigentümer einzutragen. Der Grundstücksverkehr wird daher, auch wenn der Angewiesene „für Rechnung“ des Anweisenden handelt, die direkte Übereignung an den Empfänger ohne Zwischenerwerb des Anweisenden vorziehen, und in diesem Sinn ist das Anweisungsge­schäft bei Grundstücken auszulegen. Für die Abwicklung der Leistung sind diejenigen Theorien heranzuziehen, die, ausgehend von einer direkten Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger, im Ergebnis dem dinglichen Durchgangserwerb

¹⁶⁶ Vgl. § 3 N. 43.

¹⁶⁷ JZ 63, 587.

¹⁶⁸ Sie ist nach Schätzung eines Notars in 5–10% der Grundstücksveräußerungen gegeben.

des Anweisenden möglichst nahekomen: etwa die Theorien von *Wilhelm*,^{168a} *Kupisch*^{168b} oder *Pinger*.^{168c}

bb) Einwände gegen die Durchgangstheorie

α) Der „Geheißerwerb“. Die Abkürzung der vom Verkäufer (Angewiesenen) über den Käufer (Anweisenden) zum Abkäufer (Empfänger) führenden Leistungskette im Wege des „Geheißerwerbs“¹⁶⁹ ist allgemein anerkannt. Auch auf diesem Wege ist „abgekürzte Lieferung“ mit dem Vorteil der Kostenersparnis¹⁷⁰ möglich. Es scheint, daß es daneben der Anweisungsleistung, wie sie oben gekennzeichnet wurde, nicht bedarf. Die Anweisung im Sinne des § 783 hätte dann nur die Bedeutung einer „Anweisung zur Übergabe“, wie sie beim „Geheißerwerb“ stattfindet.¹⁷¹ Die Gründe, die zur Ausbildung der Anweisungsleistung (§ 783) als eines eigenen Rechtsinstituts geführt haben, können an dieser Stelle nur angedeutet werden: Sie eignet sich, anders als der „Geheißerwerb“, nicht nur zur Übereignung beweglicher Sachen, sondern auch für tatsächliches Handeln (Erteilung von Unterricht; Besitzverschaffung, § 854; Einbau von Sachen, §§ 946 ff.) und Rechtsübertragungen nach §§ 398 ff., 413 usw. Sie ist sogar dann rechtlich möglich und sinnvoll, wenn ein Durchgangserwerb des Anweisenden durch „ausgeführte Zuwendungskette“ nicht denkbar ist: Baut der Angewiesene „für Rechnung“ des Anweisenden Ziegel in das Haus des Empfängers ein, so erwirbt der Empfänger das Eigentum (nach §§ 946 ff.) vom Anweisenden (Zwischenerwerb), obwohl es als realer Vorgang undenkbar ist, daß der Angewiesene „dieselbe“ Leistung (Einbau der Ziegel) unmittelbar an den Anweisenden erbringt und dieser sie an den Empfänger weitergibt. Der Sinn der Anweisungsleistung besteht in diesen Fällen darin, die Leistungsfolgen im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis so zu ordnen, „wie wenn“ eine tatsächliche Zuwendungskette mit Durchgangserwerb des Anweisenden stattgefunden hätte. Die Anweisungsleistung sichert die Vorteile einer gegenseitigen Abwicklung innerhalb der Kausalverhältnisse.

Gegen eine Rechtsübertragung durch Geschäft des Angewiesenen mit dem Empfänger wird eingewandt,¹⁷² die Anweisung sei in vielen Fällen inhaltlich unbestimmt. Der Angewiesene wisse dann bei der Übergabe an den Empfänger nicht, ob dieser nur Besitzer, Vorbehaltseigentümer oder Volleigentümer werden solle. Solche Schwierigkeiten bestehen freilich beim Regelfall, der Anweisung auf Schuld, nicht: Der Angewiesene darf die Anweisung hier so verstehen, daß er das im Deckungsverhältnis dem Anweisenden Geschuldete „für dessen Rechnung“ dem Empfänger zuwenden soll. Sollte der Empfänger etwa infolge eines Irrtums über den Inhalt des

^{168a} Vgl. § 9 III.

^{168b} Vgl. § 9 IV.

^{168c} Vgl. § 9 V.

¹⁶⁹ Vgl. oben aa, α und § 3 III 2a.

¹⁷⁰ Zur wirtschaftlichen Funktion der abgekürzten Lieferung vgl. o. § 1 II.

¹⁷¹ U. Meyer, S. 31 f., setzt die Anweisungsleistung mit dem „Geheißerwerb“ gleich.

¹⁷² v. Caemmerer JZ 62, 389 und JZ 63, 587; vgl. auch Beuthien JZ 68, 325 f.

Valutaverhältnisses, die Zuwendung des Angewiesenen anders auffassen, so kann es zum Dissens und zur Unwirksamkeit der Anweisungsleistung kommen. Verursacht das Scheitern der Anweisungsleistung Vermögensschäden, so haben der Angewiesene und der Empfänger einander nach den Grundsätzen über c.i.c. dafür einzustehen. Daneben kann eine Schutzpflichtverletzung im Rahmen des Deckungsverhältnisses oder Valutaverhältnisses gegeben sein. Der Anweisende hat gegenüber dem Empfänger ein Verschulden des Angewiesenen als seines Erfüllungsgehilfen im Valutaverhältnis (§ 278), gegenüber dem Angewiesenen ein Verschulden des Empfängers als seines Empfangsgehilfen im Deckungsverhältnis (analog § 278) zu vertreten. Eine interessengerechte Lösung findet auch der Fall, daß der Anweisende eine Sache vom Angewiesenen gekauft und an den Empfänger vermietet hat. Hier ist es allerdings Sache des Anweisenden, dem Angewiesenen deutlich zu machen, daß er das Eigentum ihm, dem Empfänger nur den Besitz übertragen soll. Doch schadet es nicht, wenn der Angewiesene irrtümlich die Sache „für Rechnung“ des Anweisenden dem Empfänger übereignet. Zwar kommt die Übereignung an den Empfänger mangels eines Erwerbswillens des Empfängers, also wegen fehlender Einigung nicht zustande. Der Wille des Angewiesenen zur Übereignung der Sache „mit Durchgangserwerb“ des Anweisenden enthält jedoch den Willen zur Übereignung an den Anweisenden und dieser will auch und gerade für diesen Fall das Eigentum erwerben.

β) *Die Entstehung von Zwischenrechten.* Zu prüfen ist die Möglichkeit der Entstehung von „Zwischenrechten“, die eine Auslegung der Anweisungsleistung nach der Durchgangstheorie in der Tat als für den Empfänger unannehmbar erscheinen ließe. Solche Rechte können jedoch beim Durchgangserwerb des Anweisenden nicht entstehen: Der Besitz der Sache geht (auf Veranlassung des Anweisenden) direkt vom Angewiesenen auf den Empfänger über. Die Pfändung der Sache durch einen Gläubiger des Anweisenden während seines Durchgangseigentums würde nach §§ 808 I, 809 ZPO voraussetzen, daß sich die Sache in diesem Zeitpunkt im Gewahrsam des Gläubigers, des Schuldners (Anweisenden) oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befindet. Es ist anzunehmen, daß während des Durchgangseigentums des Anweisenden der Empfänger die Sache in Besitz hat, da der Eigentumserwerb des Anweisenden voraussetzt, daß der Angewiesene jede Form des Besitzes verloren hat,¹⁷³ und der Besitz unmittelbar auf den Empfänger übergeht. Der Empfänger hat es damit in der Hand, ob er die Pfändung zulassen will. Auch gesetzliche Pfandrechte können nicht entstehen: Geht der Besitz unmittelbar vom Angewiesenen auf den Empfänger über, so kann der Anweisende die Sache nicht in Mieträume (§ 559) oder einen Gasthof (§ 704) einbringen oder einem Werkunternehmer übergeben (§ 647). Die Sache kann nicht Zubehör (§ 97 I) eines dem Anweisenden gehörenden und mit einer Hypothek belasteten (§ 1120) oder von ihm gepachteten Grundstücks werden (§ 588 II 2). Die Entstehung von Zwischenrechten zu Lasten

¹⁷³ Vgl. Palandt/Bassenge § 929 Anm. 3 a m. Nachw.

des Empfängers ist daher beim Durchgangserwerb des Anweisenden ausgeschlossen.

γ) Die „Lebensfremdheit“ des Durchgangserwerbs. Die Konstruktion eines Zwischenerwerbs des Anweisenden erscheint *Lopau*¹⁷⁴ in den Normalfällen der abgekürzten Lieferung „lebensfremd“: „Die Beteiligten würden sie mit Recht als juristisch spitzfindig ansehen“. Zum einen erscheinen juristische Konstruktionen den Beteiligten, die ein praktisches Ziel verfolgen und von laienhaften Vorstellungen ausgehen, immer spitzfindig. Zum anderen verdient die h.M. diesen Vorwurf viel eher: Die moderne Theorie der Leistungskondiktion im Dreipersonenverhältnis und die Theorie der Gläubigeranfechtung bei mittelbaren Zuwendungen sind Nichtjuristen völlig unverständlich.

cc) Vorzüge der Durchgangstheorie

Es wäre voreilig, eine Theorie, die *alle wesentlichen Folgen* der Anweisungsleistung in befriedigender Weise ordnen will, nach ihrem Ertrag für die Leistungskondiktion bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses oder des Valutaverhältnisses zu beurteilen. Doch soll eine Zwischenbilanz versucht werden.

Die Durchgangstheorie führt zu dem Ergebnis, daß zwischen den Partnern des mangelhaften Kausalverhältnisses zu kondizieren ist, und begründet dies im wesentlichen mit den Rückabwicklungsinteressen der Parteien. Sie leistet insoweit nicht mehr, freilich auch nicht weniger als die h.M. So konnte es scheinen, daß „kein unabweisbares sachliches Bedürfnis“ für die Konstruktion eines Durchgangserwerbs bestand.¹⁷⁵ Hier ist zu unterscheiden zwischen der Annahme des Durchgangserwerbs und der Konstruktion der Anweisungsleistung als Zuwendungsgeschäft mit einer doppelten Fremdwirkung gegenüber dem Anweisenden. Die Ergebnisse der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Theorie beruhen nur zum Teil auf der Annahme eines Durchgangserwerbs, zum anderen Teil auf der Konstruktion des Zuwendungsgeschäfts „für Rechnung“ des Anweisenden analog dem Vertretergeschäft (§§ 164 ff.). Beide Konstruktionen sind dann „notwendig“, wenn sie den typischen Parteiwillen bei der Anweisungsleistung zutreffend wiedergeben.

Die Durchgangstheorie geht von der Tatsache aus, daß die Beteiligten der Anweisungsleistung die Wirkungen einer *Zuwendungskette* vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger wollen. Wo die Ausführung der Zuwendungskette möglich wäre, bringt die Anweisungsleistung den praktischen Vorteil der „Abkürzung des Leistungswegs“ und der Kostenersparnis. Ist eine über den Anweisenden führende Leistungskette tatsächlich ausgeschlossen, ermöglicht die Anweisungsleistung doch die rechtliche Abwicklung innerhalb der Kausalverhältnisse. Der Angewiesene geht freiwillig darauf ein, nicht an seinen Vertragspartner, den Anweisenden, sondern „für dessen Rechnung“ an den Empfänger zu leisten. Der Angewiese-

¹⁷⁴ JuS 75, 774.

¹⁷⁵ Kupisch SZ 93 (1976), 62.

ne wird dazu nur bereit sein, wenn er in keiner Hinsicht schlechter gestellt wird als bei direkter Leistung an den Anweisenden. Dazu gehört auch, daß die Leistungskondition des Angewiesenen gegen den Anweisenden bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses aufgrund der Anweisungsleistung denselben Anspruchsinhalt hat wie bei unmittelbarer Leistung an den Anweisenden. Es genügt nicht, dem Angewiesenen den Wert der Befreiung des Anweisenden von der Valutaschuld oder die Kondition des Anweisenden gegen den Empfänger als Kondiktionsgegenstand zuzuweisen. Vielmehr ist ihm der Gegenstand, den er „für Rechnung“ des Anweisenden dem Empfänger zugewendet hat, als an den Anweisenden erbrachte Leistung anzurechnen.

Schon bei Anwendung auf den wie bisher beschränkten Problembereich zeigt die Durchgangstheorie *dogmatische* Vorzüge. Sie berücksichtigt die Leistungs- und Rückabwicklungsinteressen der Parteien nicht erst auf der Ebene der Leistung im Sinne des § 812 I 1 und löst die Leistung nicht in einer künstlichen Weise von der Basis der Zuwendung (dem dinglichen Verfügungsgeschäft) ab. Ist nach dem (zutreffenden) Leistungsbegriff der h.M. die Leistung eine bewußte, zweckgerichtete Zuwendung, also nichts weiter als eine Zuwendung, die einem Zweck gewidmet wurde, dann ist unverständlich, wie aus *einer Zuwendung* des Angewiesenen an den Empfänger *zwei Leistungen* des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger werden sollen. Nach der Durchgangstheorie werden durch *einen Zuwendungsvorgang* zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger *zwei Zuwendungsgeschäfte* und durch diese Zuwendungen Leistungen des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger vollzogen. Zuwendungsverhältnis und Leistungsverhältnis decken sich, die Subjekte der Leistung (damit der Leistungskondition) werden durch die Zuwendung bestimmt. Dafür werden die Interessen und Wertungen, nach denen die h.M. Parteien und Inhalt der *Leistungskondition* bestimmt, bereits in die Auslegung und Konstruktion der *Zuwendung* des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden hineingenommen. Das Dreipersonenverhältnis wird so in der Rechtsfolge in zwei Zweipersonenverhältnisse (Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis) aufgelöst, in denen jeweils der Schuldner durch direkte Zuwendung an den Gläubiger leistet.

Es ist nichts Neues, daß die Gründe der Rückabwicklung „außerhalb des Bereicherungsrechts (im technischen Sinn)“ liegen.¹⁷⁶ Aber die Durchgangstheorie baut auf dieser Einsicht ihre Lösung der Leistungsprobleme im Dreipersonenverhältnis auf. Sie geht davon aus, daß jede isolierte Lösung der Bereicherungsprobleme, nur mit den Mitteln des Bereicherungsrechts, unzulänglich bleiben muß. Das Problem der Leistung im Dreipersonenverhältnis umfaßt *alle Leistungsfolgen*. Die zu findende Regelung ist Teil eines allgemeinen Leistungsrechts, das seinen Sitz im Allgemeinen Teil des BGB haben¹⁷⁷ und für Schuldrecht, Sachenrecht und Erbrecht gelten

¹⁷⁶ v. Caemmerer, Festschr. f. Rabel I, S. 343.

¹⁷⁷ S. o. § 2 II 6.

müßte, wo diese Rechtsgebiete Zuwendungen der Parteien zum Tatbestand einer Norm machen. Wird die Anweisungsleistung auf dieser Ebene richtig verstanden, ist eine glatte Anwendung der §§ 812 ff. möglich. Zugleich wird der Zusammenhang der Leistungskondiktion mit den übrigen Leistungsfolgen (Mängelgewährleistung, Rückabwicklung nach §§ 346 ff., Gläubigeranfechtung usw.) gewahrt, der nicht zerrissen werden darf, einerseits um der dogmatischen Einheit des Leistungsrechts willen, vor allem aber weil es *dieselbe konkrete Leistung* ist, die Erfüllung bewirkt oder die Leistungskondiktion auslöst, von den Gläubigern des Angewiesenen oder des Anweisenden angefochten wird oder andere Rechtsfolgen hat. Ist die Leistung wegen der beherrschenden Erfüllungs- und Rückabwicklungsinteressen der Parteien so zu bestimmen, daß sie zwischen den Partnern der Kausalverhältnisse erfolgt, so gilt diese Bestimmung für alle Leistungsfolgen.

III. Der Doppelmangel der Kausalverhältnisse

1. Mögliche Lösungen

In der älteren Rechtsprechung und Literatur wurde bei gleichzeitigem Mangel des Deckungsverhältnisses und des Valutaverhältnisses (Doppelmangel) eine Kondiktion des Angewiesenen gegen den Empfänger (Durchgriffskondiktion) zugelassen.¹⁷⁸ Die neuere Literatur¹⁷⁹ befürwortet fast einhellig eine Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse (Doppelkondiktion) und auch die Rechtsprechung beginnt, sich von der Durchgriffskondiktion zu lösen.¹⁸⁰ Gegenstand der Bereicherung des Anweisenden und der gegen ihn gerichteten Leistungskondiktion des Angewiesenen ist nach der nunmehr h.M. (Doppelkondiktion) die Leistungskondiktion des Anweisenden gegen den Empfänger aus dem Valutaverhältnis. Der Angewiesene kann

¹⁷⁸ Vgl. BGH 5, 281 (284); 36, 30 (32); BGH JZ 62, 404 (405); RG JW 1914, 2458 Nr. 2 (Anm. Oertmann); OLG Nürnberg MDR 68, 48; OLG Koblenz WM 76, 95f.; Oertmann § 784 Anm. 4c; Planck/Landois § 784 Anm. 2a; Soergel/Mühl § 812 Rn. 59; RGRK (Scheffler) § 812 Anm. 50; Enneccerus/Lehmann SchR § 221 III 1b (S. 881); Larenz SchR II, 9. Aufl., § 62 II b (S. 376); v. Tuhr JhJ 48 (1905), 50; Stampe AcP 107 (1911), 294; Ulmer AcP 126 (1926), 162; Wolff JhJ 84 (1934), 152f.; Wilburg, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 114; Mühl NJW 68, 1869; Rothoef AcP 163 (1963), 230f.; Kaehler, S. 105ff.; Stathopoulos, Festschr. f. Sontis, S. 208, 210, 229. Weitere Nachweise bei Lorenz AcP 168 (1968), 304; H. P. Westermann JuS 68, 20; Wilhelm, S. 119 N. 206.

¹⁷⁹ Larenz SchR II § 68 III b (S. 478f.); Esser SchR II § 102 I 3 (S. 347f.); H. P. Westermann, S. 198f. und JuS 68, 17f.; Wilhelm, S. 118f.; U. Meyer, S. 25f.; Köter AcP 153 (1954), 218; Berg AcP 160 (1961), 513 und NJW 62, 101; v. Caemmerer JZ 62, 389; Lorenz AcP 168 (1968), 304f.; ders. JuS 68, 448 und JZ 68, 53f.; Canaris BB 72, 776 N. 20; ders. Festschr. f. Larenz, S. 812 N. 12 und in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 214; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 72f.; Schwark WM 70, 1334; Möschel JuS 72, 303f.; Kupisch, S. 25f.; ders. WM Sonderbeilage 3/1979, S. 9; Pinger AcP 179 (1979), 318f.; Staudinger/W. Lorenz¹² § 812 Rn. 40, 54; Wassermann/Joerges § 812 Rn. 33.

¹⁸⁰ Vorsichtig BGH 48, 70 (72); vgl. auch OLG Hamburg JZ 71, 424 (426).

vom Anweisenden nur Abtretung der Kondiktion gegen den Empfänger verlangen (Kondiktion der Kondiktion).¹⁸¹

Auch die *Theorie des Durchgangserwerbs* kommt, da nach ihr die Anweisungsleistung die Wirkung einer vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger führenden Zuwendungskette hat, zur Doppelkondiktion, stimmt insofern mit der h. M. überein. Die Durchgangstheorie unterscheidet sich von der h. M. in ihrer Auffassung vom Inhalt der Leistungskondiktion des Angewiesenen gegen den Anweisenden: Primärer Gegenstand der Bereicherung des Anweisenden, „das Erlangte“, ist vom hier vertretenen Standpunkt aus beim Doppelmangel nicht anders als beim bloßen Mangel des Deckungsverhältnisses der Leistungsgegenstand selbst, dessen Empfang dem Anweisenden nach dem Inhalt der Leistung des Angewiesenen „für seine Rechnung“ zugerechnet wird. Kann sich der Anweisende auf § 818 III berufen, kommt es also darauf an, worin seine Bereicherung nach Weiterveräußerung „des Erlangten“ an den Empfänger (Valutaverhältnis) besteht, ist in Rechnung zu stellen, daß der Anweisende nur noch die sich aus der Abwicklung des Valutaverhältnisses für ihn ergebende Rechtsstellung in seinem Vermögen hat. In Höhe ihres Wertes ist er bereichert und hat er, solange er den Leistungsgegenstand nicht herauszugeben vermag, Wertersatz zu leisten (§ 818 II). Besteht Unklarheit über den Wert der Rechtsstellung des Anweisenden im Valutaverhältnis, also über die Höhe des vom Anweisenden an den Angewiesenen zu leistenden Wertersatzes, so kann der Richter nach freier Schätzung entscheiden (§ 287 I 1, II ZPO). Die Rechtsstellung des Anweisenden im Valutaverhältnis kann je nach dessen Inhalt verschieden gestaltet sein: Bei nichtiger Schenkung etwa steht dem Anweisenden eine einseitige Kondiktion gegen den Empfänger zu, die dem Risiko der Entreicherung oder Insolvenz des Empfängers ungeschützt ausgesetzt ist. In diesem Fall könnte der Anweisende, soweit sich der Empfänger zu Recht auf Entreicherung beruft (§ 818 III) oder die Kondiktion durch Leistungsunfähigkeit des Empfängers entwertet ist, sich seinerseits gegenüber dem Angewiesenen auf Entreicherung berufen (§ 818 III). Die Beweislast trägt jeweils der Kondiktionsschuldner, der Wegfall der Bereicherung geltend macht.¹⁸² In der Regel findet jedoch im Valutaverhältnis zugunsten des Anweisenden die *Saldotheorie* Anwendung. Nach ihr hat der Anweisende bei *verschiedenem* Inhalt der Rückgewähransprüche gegen den Empfänger einen Anspruch auf Herausgabe des Leistungsgegenstandes Zug-um-Zug gegen Rückgabe der vom Empfänger erhaltenen Gegenleistung (analog § 320). Hier sichert das Zurückbehaltungsrecht den Anweisenden gegen Entreicherung oder Insolvenz des Empfängers; denn soweit der Empfänger das Erhaltene nicht zurückgeben kann, darf der Anwei-

¹⁸¹ Vgl. Reeb, S. 25f.; Koppensteiner/Kramer, S. 43; Kötter AcP 153 (1954), 218; Berg AcP 160 (1961), 512f. und NJW 62, 101; Esser, Festschr. f. Kern, S. 111f.; Lorenz JZ 68, 53. Dafür im Ergebnis auch H. P. Westermann JuS 68, 22 und Neef, S. 45f., obwohl sie davon ausgehen, daß der Angewiesene den Gegenstand selbst erlangt hat. *Kritisch:* Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 811f. und HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 214; Kupisch, S. 25f.; Stathopoulos, Festschr. f. Sontis, S. 207ff.

¹⁸² Vgl. Palandt/Thomas § 818 Anm. 8.

sende das vom Empfänger Geleistete behalten. Nur insoweit, als der Anweisende einen höheren Wert geleistet hat als der Empfänger, trägt er das Entreichungs- und Insolvenzrisiko, fällt er unter Umständen mit seiner Kondiktion gegen den Empfänger aus. Dann vermindert sich seine eigene Bereicherung und in letzter Konsequenz die Leistungskondiktion des Angewiesenen gegen ihn. Dasselbe gilt, wenn im Valutaverhältnis *gleichartige* Gegenstände rückzuerstatten wären. Hier gibt die Saldotheorie von vornherein nur dem eine Kondiktion, der mehr geleistet hat. Die Kondiktion ist auf Herausgabe des Wertsaldos gerichtet. Im übrigen sind die Parteien dadurch „entschädigt“, daß sie das Empfangene behalten dürfen. Auch bei dieser Fallgestaltung trägt der Anweisende nur in Höhe eines Mehrwerts seiner Leistung das Risiko der Entreichung oder Insolvenz des Empfängers. Soweit danach seine Bereicherung entfällt, was er zu beweisen hat, kann er sich seinerseits gegenüber der Kondiktion des Angewiesenen auf Wegfall der Bereicherung berufen, wenn im Deckungsverhältnis § 818 III Anwendung findet. Im Fall einer Bereicherungsklage des Angewiesenen gegen den Anweisenden ist der Schluß der mündlichen Verhandlung maßgebender Zeitpunkt sowohl für die Frage der Entreichung des Anweisenden als auch dafür, ob der Anweisende den Leistungsgegenstand selbst herauszugeben oder, da er hierzu außerstande ist, Wertersatz zu leisten hat (§ 818 II). Hat der Anweisende zunächst auf Herausgabe des Leistungsgegenstandes geklagt, stellt sich jedoch im Laufe der mündlichen Verhandlung heraus, daß der Empfänger zur Herausgabe nicht imstande ist, so muß der Anweisende den Antrag auf Wertersatz umstellen, was nach § 264 Ziff. 3 ZPO geschehen kann. Erhält der Anweisende später den Leistungsgegenstand wider Erwarten doch vom Empfänger, so kann der Angewiesene ihn anstelle des Wertersatzes annehmen (§ 364 I), ist dazu aber nicht verpflichtet. Hat der Angewiesene einen Titel auf Rückgabe des Leistungsgegenstandes und leistet der Anweisende nicht oder kann er den Gegenstand nicht herausgeben, so gibt § 283 dem Angewiesenen die Möglichkeit, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung überzugehen.

2. Begründungen

a) Durchgriffskondiktion oder Doppelkondiktion

aa) Die Bereicherung des Anweisenden

Die Durchgriffskondiktion wird dogmatisch damit begründet, daß der Anweisende beim Doppelmangel nicht bereichert sei: Da er im Valutaverhältnis nicht schulde, könne ihm die Befreiung von einer Schuld, in der beim einfachen Mangel des Deckungsverhältnisses seine Bereicherung bestehe, nicht zugewendet werden. Er habe nichts vom Angewiesenen, der Empfänger habe nichts auf *seine* Kosten erhalten. Eine Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse scheide daher aus.¹⁸³ Dieses Ar-

¹⁸³ Vgl. Wolff JhJ 84 (1934), 148f.; Larenz SchR II, 9. Aufl., § 62 IIb, S. 376 (anders die Folgeauflagen in § 68 III b); Stathopoulos, Festschr. f. Sontis, S. 229.

gument ist von den Voraussetzungen der h. M. aus nicht zu widerlegen. Wenn der Angewiesene dem Anweisenden im Deckungsverhältnis die Befreiung von der Valutaschuld zuwenden will, wie die h. M. bei intaktem Valutaverhältnis annimmt, ist bei nichtigem Valutaverhältnis seine Zuwendung fehlgeschlagen; der Anweisende hat nichts empfangen. Wendet der Angewiesene jedoch, wie die h. M. weiter annimmt, für den Fall eines nichtigen Valutaverhältnisses dem Anweisenden eine Kondiktion gegen den Empfänger zu, so bedeutet dies, daß der Angewiesene dem Anweisenden in erster Linie die Befreiung von der Valutaschuld und hilfsweise die Kondiktion gegen den Empfänger zuwenden will – dies alles in der Absicht, seine Leistungspflicht aus dem Deckungsverhältnis zu erfüllen, obwohl er weder eine Schuldbefreiung noch Verschaffung einer Kondiktion, sondern den Leistungsgegenstand selbst schuldet. Der wirkliche Leistungswille des Angewiesenen ist einfach und orientiert sich am Deckungsverhältnis: Der Angewiesene wendet dem Anweisenden den Leistungsgegenstand selbst zu. So ist das vom Anweisenden „Erlangte“ unabhängig vom Valutaverhältnis und überhaupt von den Kausalverhältnissen als dingliche Zuwendung bestimmt, die nach dem Abstraktionsprinzip vom Doppelmangel der Schuldverhältnisse nicht berührt wird. Nur auf diese Weise ist das Argument, der Anweisende sei beim Doppelmangel nicht bereichert, endgültig zu widerlegen.

Auch die (nunmehr) h. M. sucht darzutun, daß mit den Kausalverhältnissen nicht zugleich die Leistungen und Leistungsverhältnisse entfallen, eine Leistungskondiktion auch bei Doppelmangel möglich ist.¹⁸⁴ Die Zweckbindung der Leistungen an die Schuldverhältnisse bleibe bestehen, selbst wenn diese nichtig seien.¹⁸⁵ Der Doppelmangel rufe kein Leistungsverhältnis zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger ins Leben, denn der Angewiesene verfolge gegenüber dem Empfänger auch für diesen Fall keinen eigenen Leistungszweck.¹⁸⁶ Damit scheide eine Leistungskondiktion des Angewiesenen gegen den Empfänger aus, aber auch eine Kondiktion wegen Bereicherung „in sonstiger Weise“ sei zwischen ihnen ausgeschlossen, da diese gegenüber den Leistungskonditionen innerhalb der Kausalverhältnisse zurücktrete (Subsidiarität).¹⁸⁷ Auch nach der h. M. leistet beim Doppelmangel der Angewiesene an den Anweisenden, der Anweisende an den Empfänger, findet eine doppelte Kondiktion im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis statt. Die Begründung ist schlüssig, beruht jedoch auf der Trennung von Zuwendung und Leistung und der Bestimmung der Parteien des Leistungsverhältnisses nach dem Leistungszweck, die bereits einer grundsätzlichen Kritik unterzogen wurden.¹⁸⁸ Er-

¹⁸⁴ Vgl. insbes. H. P. Westermann JuS 68, 20.

¹⁸⁵ Vgl. H. P. Westermann, S. 198. Anderer Meinung, soweit ersichtlich, nur Scheyhing AcP 157 (1958/59), 386.

¹⁸⁶ Vgl. H. P. Westermann JuS 68, 20; Esser aaO; ähnlich BGH 48, 70 (72); OLG Hamburg JZ 71, 424 (426).

¹⁸⁷ Vgl. H. P. Westermann, Larenz aaO. Zum Prinzip der Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion vgl. oben N. 23.

¹⁸⁸ S. o. § 2 III 2.

kennt man mit der hier vertretenen Auffassung an, daß auch beim Doppelmangel der Angewiesene dem Anweisenden, dieser dem Empfänger *zuwendet*, so bedarf es zur Ablehnung einer konkurrierenden Kondiktion des Angewiesenen gegen den Empfänger wegen Bereicherung „in sonstiger Weise“ nicht der Berufung auf den umstrittenen Grundsatz der Subsidiarität der Nicht-Leistungskondiktion. Die Durchgriffskondiktion wäre ein Versionsanspruch,¹⁸⁹ also ein Anspruch gegen denjenigen, der die Leistung oder ihren Wert mittelbar, im Durchgang durch das Vermögen des Leistungsempfängers erworben hat. Der Gesetzgeber des BGB hat Versionsansprüche bewußt ausgeschlossen.¹⁹⁰

Das Problem vom Bestehen der Kausalverhältnisse unabhängiger Leistungen beim Doppelmangel führt manche Vertreter der h.M. zu Gedankengängen, die denen der Durchgangstheorie sehr nahe kommen. So heißt es, die Parteien wollten unabhängig von der Wirksamkeit der Kausalverhältnisse eine „doppelte Wertbewegung“ vom Angewiesenen zum Anweisenden, vom Anweisenden zum Empfänger.¹⁹¹ Geht man mit der hier vertretenen Auffassung davon aus, daß diese Wertbewegung von den Parteien an einem vom geltenden Vermögensrecht anerkannten Gegenstand in den Formen anerkannter Verfügungsgeschäfte zu vollziehen ist, kommt man notwendig zur Durchgangstheorie. Dies zeigt sich deutlich bei *Krawielicki*¹⁹² und *H. P. Westermann*,¹⁹³ die ihrem wesentlichen Inhalt nach, wenn auch nicht in allen Konsequenzen und nicht unter diesem Namen, die Durchgangstheorie vertreten: Die Anweisungsleistung sei „abgekürzte Leistung“, erfülle die Funktion einer ausgeführten Leistungskette im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis und sei rechtlich wie diese zu behandeln.

bb) Durchgriffskondiktion und Parteiinteresse

Nach Ansicht von *Mühl*¹⁹⁴ entspricht die Durchgriffskondiktion besser als die Doppelkondiktion dem Interesse der Parteien. Der Empfänger sei, wenn er im Valutaverhältnis gegengeleistet hat, durch die Anwendung der Saldotheorie auf die Durchgriffskondiktion des Angewiesenen hinreichend geschützt. Der Angewiesene werde durch die Durchgriffskondiktion besser gestellt, als wenn er vom Anweisenden dessen Kondiktion gegen den Empfänger kondizieren müßte.¹⁹⁵ Schutzwürdige Interessen des Anweisenden bestünden nicht. Es trifft zu, daß die Durchgriffslösung der von der h.M. vertretenen Kondiktion der Kondiktion vorzuziehen ist, aber damit ist sie noch nicht die sachgerechte Lösung. Es erscheint zweifelhaft, ob der Empfänger durch die Anwendung der Saldotheorie auf die Durchgriffskondiktion

¹⁸⁹ Vgl. v. Caemmerer JZ 62, 388; Wilhelm, S. 118f.

¹⁹⁰ Vgl. §§ 812ff. und oben II 1 c, aa.

¹⁹¹ Esser SchR II § 102 I 3 (S. 348); Berg JuS 64, 139; H. P. Westermann, S. 197.

¹⁹² JhJ 81 (1931), 349.

¹⁹³ JuS 68, 19f.

¹⁹⁴ NJW 68, 1869.

¹⁹⁵ Ähnlich OLG Hamburg JZ 71, 424 (426): Der Durchgriff könne im Einzelfall durch ein „zwingendes Schutzbedürfnis des Angewiesenen“ geboten sein.

„hinreichend“ geschützt wird. Die Schwächen der Saldotheorie in einem nichtgegenseitigen Synallagma zwischen drei Beteiligten wurden oben¹⁹⁶ gezeigt. Die Saldotheorie schützt den Empfänger innerhalb des Valutaverhältnisses jedenfalls besser. Dasselbe gilt für die Anwendung der Saldotheorie im Deckungsverhältnis zugunsten des Angewiesenen. Es mag sein, daß eine Abwicklung zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger ohne seine Beteiligung dem Interesse des Anweisenden beim Doppelmangel entsprechen würde, zumindest, wenn er an den Angewiesenen keine Gegenleistung erbracht hat. Darauf kann es jedoch nicht ankommen. Es war für alle Beteiligten klar, daß die Leistungen nach dem Abstraktionsprinzip vom Bestehen der Schuldverhältnisse unabhängig sein würden. Durch die wirksame Anweisung hat der Anweisende der Anweisungsleistung die Bedeutung einer Kette zweier Leistungen vom Angewiesenen über ihn selbst zum Empfänger gegeben. Der Angewiesene und der Empfänger können ihn daran festhalten, daß wirksame Leistungen innerhalb der Kausalverhältnisse vorliegen. Dies ist keine Frage des Vertrauensschutzes, sondern rechtsgeschäftlicher Haftung des Anweisenden.

Zugunsten einer Kondiktion des Angewiesenen gegen den Empfänger könnte angeführt werden, daß sie dem Angewiesenen eine größere Chance einräumt, den Leistungsgegenstand selbst wiederzubekommen, da sie sich direkt gegen dessen Besitzer wendet. In der Regel ist der Angewiesene daran jedoch nicht interessiert. Typischerweise dient die Anweisungsleistung dem Umsatz von Geld und Massengütern, nicht individueller Gegenstände.¹⁹⁷ In jedem Fall wäre dem Angewiesenen, der an den *Anweisenden* geleistet hat, der direkte Zugriff auf den an den Empfänger weitergegebenen Leistungsgegenstand verwehrt, da das BGB Versionsansprüche grundsätzlich nicht zuläßt.¹⁹⁸

Gegen den Durchgriff sprechen dogmatische und praktische Schwierigkeiten, die sich aus ihm unvermeidlich ergeben. Schützen die Vertreter der Durchgriffskondiktion den Empfänger dadurch, daß sie ihm die Berufung auf § 818 III gestatten, wenn er im Valutaverhältnis gegengeleistet hat, so sind sie genötigt, zum Ausgleich dem Angewiesenen eine Kondiktion gegen den Anweisenden zu geben.¹⁹⁹ Die sich aus der Durchgriffskondiktion und der ergänzenden Kondiktion im Deckungsverhältnis ergebenden praktischen, insbesondere prozessualen Schwierigkeiten hat *Krawielicki*²⁰⁰ ausführlich dargestellt und zu Recht als „kaum lösbar“ bezeichnet. Hier möge der Hinweis auf seine Darlegungen genügen. Die Durchgriffskondiktion ist jedenfalls nicht die bequeme und praktikable Lösung,²⁰¹ als die sie angeboten wird.

¹⁹⁶ S.o. II 1 b, bby.

¹⁹⁷ Köndgen, Festg. f. Esser, S. 73 f.

¹⁹⁸ S.o. II 1 c, aa.

¹⁹⁹ Vgl. Wolff JhJ 84 (1934), 162 f.; Hadding, S. 146 (zum berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter); Spielbüchler, S. 241 f., 249 f. (zum österreichischen Recht). Gegen solche Konzeptionen Krawielicki JhJ 81 (1931), 349 f. Dazu s.u. § 5 IV 1 c, bb.

²⁰⁰ AaO.

²⁰¹ So BGH JZ 62, 404 (405); OLG Hamburg JZ 71, 424 (426); Oertmann BGB § 784 Anm. 4 c; Ulmer AcP 126 (1926), 162; Wilburg, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 114; Enneccerus/Lehmann SchR § 221 III 1 b (S. 881 N. 12); Mühl NJW 68, 1869.

Lösungen, die dem Angewiesenen nebeneinander oder wahlweise eine Kondition gegen den Anweisenden und den Empfänger geben, sind schon deshalb unannehmbar, weil sie die Interessen des Angewiesenen überbewerten und seine Rechtsposition ohne Grund auf Kosten des Anweisenden und des Empfängers verstärken. Er hat die Anweisung vollzogen, also „für Rechnung“ des Anweisenden geleistet, muß sich daher an den Anweisenden halten. Die Häufung der Konditionen, die nur als *Leistungskonditionen* zu begründen wären, in der Person des Angewiesenen würde zudem voraussetzen, daß er *dieselbe* Leistung zugleich an den Anweisenden und den Empfänger erbracht hätte. Die gleichzeitige Leistung desselben Gegenstandes an verschiedene Personen ist zwar als rechtliche *Fiktion* möglich. Doch wäre sie ohne Sinn, und es fehlt an einem Geltungsgrund der Fiktion.

Eine weitere unangemessene Konsequenz der Durchgriffslösung zeigt sich, wenn zunächst nur das Deckungsverhältnis mangelhaft ist und erst später die Rückabwicklung des Valutaverhältnisses notwendig wird (*sukzessiver Doppelmangel*).²⁰² Dann wäre zuerst eine Kondition gegen den Anweisenden im Deckungsverhältnis gegeben, die bei Eintritt des Mangels im Valutaverhältnis zugunsten einer Durchgriffskondition entfielen. Es darf jedoch nicht vom Valutaverhältnis, in das der Angewiesene keinen Einblick hat, abhängen, ob innerhalb der Kausalverhältnisse oder im Durchgriff kondiziert wird.²⁰³ Es kennzeichnet allgemein die Durchgriffskondition beim Doppelmangel, daß der Angewiesene seine Klage gegen den Empfänger mit Behauptungen über das ihm unbekannte Valutaverhältnis begründen muß. Dies bedeutet für ihn ein unkalkulierbares Prozeßrisiko.²⁰⁴

Für die Kondition innerhalb der Kausalverhältnisse spricht beim Doppelmangel wie bei Mängeln des einzelnen Kausalverhältnisses das Interesse der Parteien an der Erhaltung der Gegenrechte und einer angemessenen Verteilung des Insolvenzrisikos.²⁰⁵

cc) Die Analogie zu §§ 816 I 2, 822

Als Argument für die Durchgriffskondition wird häufig eine Analogie zu oder ein arg. a maiore aus §§ 816 I 2, 822 herangezogen.²⁰⁶ In den Fällen, in denen bei einer (ausgeführten) Leistungskette die Durchgriffskondition gegeben sei, müsse sie erst recht gegeben sein, wenn schon die *Leistung* „im Durchgriff“ erfolge, wie bei der Anweisung. § 816 I 2 und § 822 betreffen Fälle, in denen der Ersterwerber vom Kondiktionsberechtigten rechtsgrundlos, der Zweiterwerber vom Ersterwerber unentgeltlich erworben hat, und gewähren dem Kondiktionsgläubiger den

²⁰² Vgl. Lorenz JZ 68, 54; Hadding, S. 152 ff.

²⁰³ Vgl. v. Caemmerer JZ 62, 389.

²⁰⁴ Vgl. OLG Düsseldorf WM 75, 875 (876).

²⁰⁵ Vgl. v. Caemmerer JZ 62, 389; H. P. Westermann JuS 68, 20; U. Meyer, S. 26. S. o. II 1 b, bb.

²⁰⁶ RG JW 1934, 2458 Nr. 2 (zust. Anm. Oertmann); v. Tuhr JhJ 48 (1905), 50; Planck/Landois § 784 Anm. 2a; Oertmann BGB § 784 Anm. 4c; Ulmer AcP 126 (1926), 162.

Durchgriff gegen den Zweiterwerber. Geht man von einer Rechtsähnlichkeit des rechtsgrundlosen und des unentgeltlichen Erwerbs aus, so ist der Fall einer Kette zweier rechtsgrundloser Erwerbsvorgänge, also des Doppelmangels, den Fällen der §§ 816 I 2 und 822 gleichzustellen. Die Rechtsähnlichkeit zwischen rechtsgrundlosem und unentgeltlichem Erwerb wird jedoch heute überwiegend abgelehnt.²⁰⁷ Grund der Erstreckung der Kondiktion auf den unentgeltlichen Zweiterwerber ist die geringere Schutzwürdigkeit dessen, der beim Erwerb eigenes Vermögen nicht einsetzt.²⁰⁸ Wer dagegen aufgrund eines entgeltlichen Schuldverhältnisses erwirbt, ist schutzwürdig, auch wenn es nichtig ist und er seinerseits noch nicht geleistet hat. Außerdem betrifft § 816 I 2 einen Fall der Eingriffskondiktion, kann also auf die Kondiktion der beiden Leistungen im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis nicht ohne weiteres übertragen werden. § 822 gestattet nur einen *subsidiären* Durchgriff auf den Enderwerber, wenn der Ersterwerber wegen der Unentgeltlichkeit der Weiterveräußerung nicht mehr bereichert ist und nicht nach §§ 818 IV, 819 I, 820 verschärft haftet.²⁰⁹ Die *unbeschränkte* Durchgriffskondiktion, wie sie von der älteren Rechtsprechung und Lehre vertreten wurde, konnte mit einem Argument aus § 822 also nicht begründet werden. Vielmehr hat man aus der *Ausnahmevorschrift* des § 822²¹⁰ zu Recht den Gegenschuß gezogen, daß bei einer Bereicherungskette und damit auch bei der Anweisungsleistung eine das Mittelglied überspringende Kondiktion grundsätzlich unzulässig ist.²¹¹

dd) Die Parallele zu §§ 346 ff.

Zugunsten der Doppelkondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse wird nicht selten auf die Rückabwicklung nach §§ 346 ff. hingewiesen.²¹² In der Tat wäre es erstaunlich, wenn die Anweisungsleistung bei Rücktritt im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis nach §§ 346 ff. innerhalb der Kausalverhältnisse, beim Doppelmangel nach §§ 812 ff. im Durchgriff rückabzuwickeln wäre. Freilich bestehen die Ansprüche aus §§ 346 ff. deshalb zwischen den Vertragspartnern, weil der Vertrag Anspruchsgrundlage ist. Auch wenn der Schuldner an einen Dritten geleistet hat (§§ 362 II, 185), kann er sich nach § 346 nur an den Gläubiger halten. Dies läßt sich auf die Leistungskondiktion nicht übertragen. Der Hinweis auf die Rücktrittsregelung ist daher nur von begrenztem argumentativem Wert.

²⁰⁷ Vgl. H. P. Westermann JuS 68, 20; Palandt/Thomas § 816 Anm. 3b, § 822 Anm. 2e; Palandt/Bassenge § 988 Anm. 4b (jeweils m. Nachw.). Die Rechtsprechung zu § 988 hält bisher an dieser Analogie fest (vgl. Palandt/Bassenge § 988 Anm. 4a).

²⁰⁸ Vgl. Rothoef AcP 163 (1963), S. 220f.; Wilhelm, S. 119 N. 204.

²⁰⁹ Vgl. bes. H. P. Westermann aaO.

²¹⁰ RG JW 34, 2459; Wilburg, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 115f.; U. Meyer, S. 23.

²¹¹ Wilburg, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 115f.; Lorenz AcP 168 (1968), 304; ders. JuS 68, 448 und JZ 68, 53; Esser SchR II § 102 I 3 (S. 348).

²¹² BGH 48, 70; v. Caemmerer JZ 62, 388; Berg JuS 64, 138; Lorenz JuS 68, 448 und JZ 68, 53; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 862; U. Meyer, S. 19.

ee) Zusammenfassung

Bei einem Doppelmangel der Kausalverhältnisse kommt die Durchgangstheorie, da nach ihr die Anweisungsleistung die Wirkung einer über den Anweisenden laufenden Leistungskette hat, notwendig zur Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse. Sie geht davon aus, daß der Anweisende den Leistungsgegenstand selbst erwirbt. Dieser ist daher primärer Gegenstand der Kondiktion des Angewiesenen. Soweit sich der Anweisende jedoch auf Entreicherung berufen kann, ist zu berücksichtigen, daß er nur noch um die sich aus der Abwicklung des Valutaverhältnisses ergebende Rechtsstellung bereichert ist, nur ihren Wert zu ersetzen hat (§ 818 III).

Die Abwicklung innerhalb der Kausalverhältnisse entspricht dem Interesse der Parteien. Gegen den Durchgriff sprechen auch dogmatische und praktische, insbesondere prozessuale, Schwierigkeiten, die seine unvermeidliche Folge sind.

Die Lösung der Doppelkondiktion beruht jedoch auf der Unabhängigkeit der Leistung von den Kausalverhältnissen, also auf dem *Abstraktionsprinzip*. Sie gilt daher nur für Rechtsordnungen, die diesem Prinzip folgen. Anders stellt sich das Problem der Rückabwicklung beim Doppelmangel z. B. nach dem österreichischen Recht,²¹³ in dem die Übereignung kausal gestaltet ist, d. h. das Schuldverhältnis zugleich die dingliche Einigung ersetzt. Bei einem Mangel der Schuldverhältnisse steht dem Angewiesenen dann primär die Vindikation zu, die sich gegen den Empfänger als den Besitzer der Sache richtet. Verbraucht dieser die Sache, tritt Verbindung oder Vermischung ein, so richtet sich auch die an die Stelle der Vindikation tretende Kondiktion direkt gegen den Empfänger.

b) Der Inhalt der Kondiktion des Angewiesenen

Sehr umstritten ist die Frage nach dem Inhalt oder (primären) Gegenstand der Kondiktion des Angewiesenen gegen den Anweisenden und damit nach der Abhängigkeit dieser Kondiktion vom Verhältnis des Anweisenden zum Empfänger (Valutaverhältnis).

aa) Die herrschende Meinung

Der Angewiesene kondiziert nach der h. M.²¹⁴ vom Anweisenden dessen Kondiktion gegen den Empfänger (Kondiktion der Kondiktion). Danach erwirbt der Empfänger „durch Leistung“ des Anweisenden den Gegenstand, der Anweisende erwirbt „durch Leistung“ des Angewiesenen die Kondiktion des Gegenstandes gegen den Empfänger. Hier verbirgt sich eine Unklarheit: Erhält wirklich der Empfänger den Gegenstand „durch Leistung“ des Anweisenden, so steht diesem die Leistungskondiktion *kraft Gesetzes* zu (§ 812 I 1, 1. Alt.). Er kann sie also nicht durch eine „Leistung“ des Angewiesenen erwerben. Was der Angewiesene dem Anweisenden nach der h. M. tatsächlich zuwendet, ist die Rechtsstellung des Leistenden

²¹³ Vgl. Spielbüchler, S. 249 ff.

²¹⁴ S. o. N. 181.

gegenüber dem Empfänger. Diese Rechtsstellung ist jedoch unveräußerlich; übertragen kann der Leistende (Angewiesene) nur die Leistungskondiktion als Forderungsrecht, nur sie ist von seiner Person ablösbar. Eine Kondiktion gegen den Empfänger stand dem Angewiesenen jedoch niemals zu. Die h.M. übersieht diese dogmatischen Schwierigkeiten der Kondiktion der Kondiktion.

Die Theorie der „Kondiktion der Kondiktion“ paßt nicht für alle Gestaltungen der Rückabwicklung im Valutaverhältnis, da dem Anweisenden aufgrund seiner Leistung an den Empfänger nicht immer eine Kondiktion zusteht. In der Regel wird im Valutaverhältnis die Saldotheorie Anwendung finden, nach der typischerweise „saldiert“ wird, dem Anweisenden also keine Kondiktion oder eine Kondiktion nur in Höhe des Mehrwerts seiner Leistung an den Empfänger zusteht. Im übrigen behält der Anweisende das vom Empfänger Erworbene. Die h.M. müßte fingieren, daß dieses dem Anweisenden vom Angewiesenen geleistet wurde, sozusagen das Surrogat einer (gedachten) Kondiktion des Anweisenden gegen den Empfänger darstellt – eine sehr künstliche Vorstellung.

Am schwersten wiegt indessen, daß die „Kondiktion der Kondiktion“ den Angewiesenen ohne Grund benachteiligt, indem sie die Gegenrechtsrisiken und Insolvenzrisiken hinsichtlich des Anweisenden und Empfängers in seiner Person kumuliert.²¹⁵ Der Kondiktion des Angewiesenen stehen zunächst die Einwendungen und Einreden des Anweisenden als des Kondiktionsschuldners entgegen. Kommen sie nicht zum Zuge und tritt der Anweisende dem Angewiesenen seine Kondiktion gegen den Empfänger ab, so behält der Empfänger nach §§ 404 ff. die Einwendungen, Einreden und Aufrechnungsmöglichkeiten, die ihm gegenüber dem Anweisenden zustanden. Das Risiko der Insolvenz des Empfängers trägt der Angewiesene, weil er durch die Abtretung dessen Gläubiger wird. Bis zur Abtretung, der Erfüllung seines Bereicherungsanspruchs, trägt der Angewiesene das Risiko der Insolvenz des Anweisenden. Diese Häufung von Durchsetzungsrisiken entwertet die Kondiktion des Angewiesenen. Überdies trägt der Angewiesene nach h.M. im Rahmen des § 818 III das Risiko einer Entreicherung des Anweisenden. Die Lehre von der „Kondiktion der Kondiktion“ ist nach alledem abzulehnen.

bb) Die Lehre *H. P. Westermanns*

*H. P. Westermann*²¹⁶ geht bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses oder des Valutaverhältnisses davon aus, daß der Anweisende vom Angewiesenen den Leistungsgegenstand selbst empfängt und an den Empfänger weitergibt, nimmt jedoch beim Doppelmangel an, der Anweisende sei nur um die Kondiktion gegen den Empfänger bereichert. Es sei daran festzuhalten, daß sich der Anweisende gegenüber dem Angewiesenen durch Abtretung der Kondiktion befreien könne, auch wenn damit der Angewiesene das Risiko der Uneinbringlichkeit des Anspruchs gegen den Empfänger trage, denn § 818 IIIbürde dem Bereicherungsgläubiger die Gefahr eines Wechsels oder einer Wertminderung des Bereicherungsgegenstandes

²¹⁵ H. P. Westermann JuS 68, 21; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 811; U. Meyer, S. 34.

²¹⁶ JuS 68, 20f. (21).

auf, ohne ihm einen Ersatz zu gewähren. Dies trifft, was den Wechsel des Bereicherungsgegenstandes angeht, *nicht* zu: Der Kondiktionsgläubiger hat nach dem Gesetz Anspruch auf Herausgabe des Erlangten (§ 812 I 1) oder eines Surrogats (§ 818 I), bei Unmöglichkeit der Herausgabe des Erlangten oder des Surrogats auf Wertersatz (§ 818 II). Einen anderen Kondiktionsgegenstand kann der Gläubiger nicht fordern, braucht er sich andererseits nicht aufdrängen zu lassen. Daß die Kondiktion des Anweisenden gegen den Empfänger kein Surrogat des vom Anweisenden an den Empfänger weitergegebenen Leistungsgegenstandes ist, stellt *H. P. Westermann* selbst fest.²¹⁷ Der vorgeschlagene Wechsel des Leistungs- und Bereicherungsgegenstandes für den Fall des Doppelmangels läßt sich aus dem Gesetz nicht begründen. Das Interesse des Anweisenden daran, sich auf Kosten des Angewiesenen durch Abtretung der Kondiktion gegen den Empfänger befreien zu können, wird nicht geschützt.

H. P. Westermann sucht die Nachteile der von ihm akzeptierten „Kondiktion der Kondiktion“ durch die zusätzliche Annahme eines Freistellungsanspruchs des Angewiesenen gegen den Anweisenden auszugleichen.²¹⁸ Ein solcher Anspruch setzt einen Anspruch des Empfängers gegen den Angewiesenen voraus, von dem der Anweisende den Angewiesenen freistellen soll. Hat der Empfänger aus dem Valutaverhältnis eine Kondiktion gegen den Anweisenden, die mit der Kondiktion des Anweisenden nach § 273 oder analog § 320 verbunden ist, so wird nach *H. P. Westermann* mit der Abtretung der Kondiktion des Anweisenden an den Angewiesenen dieser zugleich Schuldner der gegen den Anweisenden gerichteten Kondiktion des Empfängers. Anscheinend ist dabei an einen Schuldbeitritt gedacht, da eine privative Schuldübernahme ohne Zustimmung des Empfängers nicht möglich wäre (vgl. §§ 414, 415). Ein Schuldbeitritt ist indessen zum Schutz des Empfängers unnötig. Dieser erleidet durch die Abtretung der Kondiktion des Anweisenden an den Angewiesenen keinen Nachteil, da er nach §§ 404 ff. seine Gegenrechte behält. Der Schuldbeitritt des Angewiesenen würde für den Empfänger einen ungerechtfertigten Vorteil bedeuten, den Angewiesenen ohne Grund belasten. Er dient, wie es scheint, ausschließlich dazu, den Freistellungsanspruch des Angewiesenen gegen den Anweisenden zu ermöglichen. Im übrigen entlastet der Freistellungsanspruch den Angewiesenen nicht vom Risiko der Insolvenz des Empfängers.²¹⁹ Auch so ist daher die Lehre von der „Kondiktion der Kondiktion“ nicht zu halten.

Das Problem der Einwendungen des Empfängers aus den §§ 814, 815, 817 S. 2 zwingt *H. P. Westermann*²²⁰ schließlich, von der Konzeption der „Kondiktion der Kondiktion“ abzurücken. Nach ihr könnten diese Einwendungen gem. § 404 gegenüber dem Angewiesenen geltend gemacht werden, während *H. P. Westermann* einen Einwendungsausschluß anstrebt. Er möchte den aus dem Kondiktionsausschluß resultierenden Verlust im Verhältnis zwischen dem Angewiesenen und dem

²¹⁷ AaO, S. 22. Siehe dazu unten dd.

²¹⁸ AaO; ebenso Möschel JuS 72, 304; Neef, S. 89f.

²¹⁹ Köndgen, Festg. f. Esser, S. 73; U. Meyer, S. 50.

²²⁰ AaO, S. 23.

Anweisenden dem letzteren auferlegen. Daher nimmt er einen Anspruch des Angewiesenen gegen den Anweisenden auf Wertersatz an, der vom Valutaverhältnis unabhängig ist. Dem Angewiesenen sollen Einwendungen aus einem Verhältnis, an dem er nicht beteiligt ist, nicht entgegengehalten werden können.²²¹ Der Einwendungsausschluß ist indessen nicht gerechtfertigt. Ihm liegt eine falsche Problemstellung zugrunde: Es geht nicht um Einwendungen aus einem fremden Rechtsverhältnis, sondern um den Einwand der Entreicherung (§ 818 III) gegenüber der Kondiktion des Angewiesenen gegen den Anweisenden. Die Anweisungsleistung erfüllt auf abgekürztem Weg die Funktion einer Leistungskette.²²² Die Parteien wollen weder besser noch schlechter stehen, als wenn die Kette durch zwei hintereinander geschaltete Zuwendungsgeschäfte ausgeführt worden wäre. Dann wäre es selbstverständlich, daß der Angewiesene wie jeder Kondiktionsgläubiger die Gefahr der Entreicherung seines Kondiktionsschuldners (des Anweisenden) durch die Weitergabe des Bereicherungsgegenstandes trägt, soweit nicht die verschärfte Haftung nach §§ 818 IV, 819 I, 820 eingreift oder die Saldotheorie Anwendung findet. In der Anweisung kann kein Verzicht des Anweisenden auf die Geltendmachung der sich aus dem Verhältnis zum Empfänger ergebenden Entreicherung gesehen werden. Die abgekürzte Leistung soll Kosten und Gefahren eines doppelten Leistungsvorgangs vermeiden,²²³ bringt also dem Anweisenden nur einen begrenzten wirtschaftlichen Vorteil. Es wäre unvernünftig, dafür auf die Einwendungen aus § 818 III zu verzichten. Umgekehrt kann der Angewiesene für die Gefälligkeit, an den Empfänger zu leisten, keinen so weitgehenden Interessenverzicht des Anweisenden erwarten. Dies gilt grundsätzlich auch für den Fall der Anwendung der §§ 814, 815, und 817 S. 2, wenn sich daraus eine Entreicherung des Anweisenden ergibt. Dies wird jedoch häufig nicht der Fall sein. Bei § 814 etwa liegt es nahe, daß der Anweisende notwendige Ausgaben erspart hat, wenn seine Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht gegenüber dem Empfänger entsprach. Auch bleibt die Saldotheorie im Valutaverhältnis anwendbar, wenn der Anweisende den Leistungsaustausch im Bewußtsein der Nichtigkeit des Vertrages vollzogen hat. Er handelt nicht widersprüchlich (*venire contra factum proprium*), wenn er die Gegenleistung nur gegen Rückgabe seiner eigenen Leistung herausgibt, denn er hat sich nur auf einen Austausch eingelassen. Dies bedeutet eine teleologische Reduktion des § 814. Im Fall des § 817 S. 2 wird häufig auch ein Sittenverstoß des Empfängers gegeben sein, so daß er seine Gegenleistung vom Anweisenden nicht zurückfordern kann, dieser bereichert bleibt. Jedenfalls aber kann sich der Anweisende gegenüber der Kondiktion des Angewiesenen nicht darauf berufen, durch einen eigenen Sittenverstoß entreichert zu sein: *Nemo turpitudinem suam allegans auditur*.²²⁴ Von die-

²²¹ Ebenso Canaris (BB 72, 776; Festschr. f. Larenz S. 811 f., 819, 840 f., 861), der von einem „einwendungsunabhängigen Bereicherungsanspruch“ spricht.

²²² So H. P. Westermann selbst (aaO, S. 19 ff.).

²²³ S. o. § 1 II.

²²⁴ Wilhelm AcP 175 (1975), 343 N. 144. Zu diesem Rechtsgedanken vgl. Flume AT II § 18, 10 (S. 390 ff.).

ser Ausnahme abgesehen ist ein „einwendungsunabhängiger Bereicherungsanspruch“ des Angewiesenen gegen den Anweisenden wertungsmäßig und konstruktiv nicht zu begründen.

cc) Die Lehre *Köndgens*

*Köndgen*²²⁵ sieht die Bereicherung des Anweisenden beim Doppelmangel nicht in der Kondiktion gegen den Empfänger, aber auch nicht in dem Gegenstand der Anweisungsleistung. „Erlangt“ sei der „wirtschaftliche Wert“ dieses Gegenstandes. Daher stehe dem Angewiesenen gegen den Anweisenden primär eine Wertkondiktion zu. Erhalte der Anweisende aufgrund seiner Kondiktion vom Empfänger den Leistungsgegenstand, so trete dieser nach § 818 I als Surrogat an die Stelle des Wertes und die Kondiktion des Angewiesenen richte sich nunmehr auf die Herausgabe des Gegenstandes. *Köndgen* geht, wie die h. M., davon aus, daß der Leistungsgegenstand vom Angewiesenen dem Empfänger unmittelbar zugewendet wird und deshalb die Bereicherung des Anweisenden nicht im Empfang des Leistungsgegenstandes selbst bestehen kann. Die „Kondiktion der Kondiktion“ scheidet wegen der nachteiligen Folgen für den Angewiesenen aus.²²⁶ Als Ausweg aus diesem Dilemma nimmt *Köndgen* an, der Anweisende habe „den Wert des Leistungsgegenstandes“ erlangt. Dies verspricht in der Tat eine Lösung des Grundproblems der Anweisungsleistung, wie der Leistungsgegenstand trotz der „tatsächlichen Zuwendung“ des Angewiesenen an den Empfänger „rechtlich“ doch durch das Vermögen des Anweisenden gehen kann. *Köndgen* meint, der Leistungsgegenstand gehe „gegenständlich“ vom Angewiesenen direkt auf den Empfänger über, „wertmäßig“ aber durch das Vermögen des Anweisenden.

Vom Angewiesenen auf den Anweisenden, von diesem auf den Empfänger wird demnach abstrakt der „Wert des Leistungsgegenstandes“, nicht aber der Leistungsgegenstand selbst übertragen, während gleichzeitig der Angewiesene auf den Empfänger zwar den Leistungsgegenstand, nicht aber dessen Wert überträgt: eine nicht nachvollziehbare Vorstellung. Dennoch wird damit *eine* Seite der Anweisungsleistung richtig gesehen. Überträgt der Angewiesene auf den Empfänger ein subjektives Recht „für Rechnung“ des Anweisenden und erwirbt dieser es „im Durchgang“, kann man nach dem Inhalt des subjektiven Rechts²²⁷ den Übergang der *Aktionsberechtigung* vom Übergang der *Vermögensberechtigung* unterscheiden. Aktionsberechtigung ist die Befugnis, die in dem Recht umschriebenen Handlungen vorzunehmen (z. B. Nutzung oder Veräußerung einer Sache), damit die Zuweisung eines Freiheitsbereiches. Die Vermögensberechtigung hingegen bedeutet, daß der Vermögenswert des dem Recht entsprechenden Sachverhaltsbereichs dem Rechtsinhaber von Rechts wegen zukommt, also eine Vermögenszuweisung.

²²⁵ Festg. f. Esser, S. 72 ff.; ähnlich Larenz SchR II § 68 III b (S. 478 f.).

²²⁶ Ebenso oben III 2b, aa.

²²⁷ Vgl. J. Schmidt, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, Ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts, Köln-München 1969, insbes. S. 53 ff., 57 ff.

Da der Anweisende nur für die Dauer einer „juristischen Sekunde“ Rechtsinhaber wird (Durchgangserwerb), fehlt ihm praktisch die Aktionsberechtigung, erwirbt er die reine Vermögensberechtigung.

Köndgens Lehre ist allein auf das *Bereicherungsrecht* zugeschnitten. Der Angewiesene will jedoch in der Regel mit der Anweisungsleistung eine Leistungspflicht gegenüber dem Anweisenden *erfüllen*, die auf Verschaffung des Leistungsgegenstandes selbst gerichtet ist. Es liegt daher näher anzunehmen, daß der Angewiesene den Gegenstand als das Geschuldete leistet.²²⁸ Geht man, wie die vorliegende Arbeit, von der rechtlichen Gleichartigkeit der *Anweisungsleistung* und der *Leistungskette* aus, muß der Inhalt der Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden in beiden Fällen übereinstimmen:²²⁹ Der Anweisende erwirbt vom Angewiesenen den Gegenstand selbst.

Da *Köndgen* den Wert des Leistungsgegenstandes und nicht die Kondiktion gegen den Empfänger als Bereicherung des Anweisenden ansieht, können die Einwendungen des Empfängers gegenüber dem Anweisenden nicht direkt gegen den Angewiesenen geltend gemacht werden. Sie sollen sich jedoch nach *Köndgen* auch nicht indirekt, über § 818 III, auf die Kondiktion des Angewiesenen gegen den Anweisenden auswirken. Wenn der Anweisende „das Erlangte“ im Valutaverhältnis für seine Zwecke wirtschaftlich einsetze, so fälle er eine eigene Vermögensentscheidung. Daher sei „plausibel“, daß die nachteiligen Folgen dieser Entscheidung nicht auf den Angewiesenen²³⁰ abgewälzt werden könnten. Insoweit sei eine teleologische Reduktion des § 818 III vorzunehmen.²³¹ Daß diese auf Kosten des Anweisenden gehe,²³² sei in Kauf zu nehmen. Demgegenüber ist festzuhalten, daß – wie ausgeführt²³³ – nach Interesse und Willen der Parteien der Angewiesene das Risiko einer Weitergabe des Leistungsgegenstands durch den Anweisenden zu tragen hat, soweit seine Kondiktion auf die Bereicherung des Anweisenden beschränkt ist. Die Wertung des § 818 III gilt für die Anweisungsleistung, obwohl die Weiterveräußerung des Leistungsgegenstands auf einer eigenen Vermögensentscheidung des Anweisenden beruht. Zu Recht wendet die h. M.²³⁴ allgemein bei Verlusten des Kondiktionsschuldners durch die Weiterveräußerung des Erlangten § 818 III an. Eine Abkürzung der Zuwendungskette durch die Anweisungsleistung kann daran nichts ändern. Bei Vermögensdispositionen des Bereicherten ist sein Vertrauen darauf, im Falle der Kondiktion nur die noch vorhandene Bereicherung herausgeben zu müssen, nicht weniger schützenswert als bei sonstigen Verlusten. Der Regelungszweck des § 818 III erfaßt damit auch den Fall der Weiterveräußerung des Bereicherungsge-

²²⁸ So auch U. Meyer, S. 32/33.

²²⁹ So auch U. Meyer, S. 33.

²³⁰ Köndgen schreibt versehentlich „Anweisender“.

²³¹ Ebenso Pinger AcP 179 (1979), 320; für uneingeschränkte Anwendung des § 818 III Staudinger/W. Lorenz¹² § 812 Rn. 55.

²³² Darauf weist auch Medicus (NJW 74, 542) hin.

²³³ S. o. II 2 c, und sogleich im Text unter ee.

²³⁴ Vgl. RG JW 11, 402 Nr. 14; RG 86, 343 (347); 101, 389 (391); v. Caemmerer, Festschr. f. Lewald, S. 448 N. 27; v. Lübtow, Beiträge, S. 29; Flessner, S. 14 m. w. N.

genstandes in linearer Kette oder abgekürzt durch Anweisungsleistung, eine teleologische Reduktion ist unzulässig.

dd) Die Lehre *Wilhelms*

*Wilhelm*²³⁵ geht, wie die vorliegende Arbeit, davon aus, daß die Kondiktion des Angewiesenen gegen den Anweisenden auch beim Doppelmangel auf die Herausgabe des Leistungsgegenstandes selbst gerichtet ist. Er hält jedoch die Kondiktion gegen den Empfänger für ein Surrogat des Leistungsgegenstandes im Sinne des § 818 I.²³⁶ Diese Vorschrift erfasse von den Vermögensvorteilen, die wirtschaftlich an die Stelle des Empfangenen treten, diejenigen, die sich aus dem Empfangsgegenstand selbst ergeben und nicht auf eine Vermögensentscheidung des Kondiktionsschuldners zurückgehen. Die Kondiktion des Anweisenden gegen den Empfänger sei auf Rückgängigmachung der Vermögensentscheidung des Anweisenden gerichtet, könne also kein Vorteil sein, den der Anweisende seiner Vermögensentscheidung zu verdanken hätte. Dieser Schluß ist indessen nicht zwingend. Ebenso gut könnte man folgern: Gerade weil die Leistungskondiktion der Rückabwicklung der Leistung dient, setzt sie die in der Leistung liegende Vermögensentscheidung voraus, beruht also auf ihr. Es kommt auf den *Regelungszweck* des § 818 I, II an. Tritt im Vermögen des Kondiktionsschuldners ein Anspruch an die Stelle des Bereicherungsgegenstandes, ohne daß der Kondiktionsschuldner diesen Wechsel zurechenbar verursacht hat, darf er sich durch Abtretung des Anspruches von der gegen ihn gerichteten Kondiktion befreien, also das Risiko der Durchsetzung des Surrogatan-spruchs an den Kondiktionsgläubiger weitergeben. Umgekehrt hat der Kondiktionsgläubiger auf solche Ansprüche unmittelbaren Zugriff, was für ihn von Vorteil sein kann. Entsteht hingegen der Anspruch des Kondiktionsschuldners aufgrund einer zurechenbaren Entscheidung über den Bereicherungsgegenstand, so trifft *ihn* das Risiko der Durchsetzung des Anspruchs und der Minderwert des Anspruchs bei Veräußerung des Bereicherungsgegenstandes unter Wert. Er kann diese Nachteile jedoch unter Umständen nach § 818 III auf den Kondiktionsgläubiger abwälzen. Der Kondiktionsgläubiger hat auf solche Ansprüche (*commodum ex negotiatione*) keinen Zugriff; insbesondere verbleibt dem Kondiktionsschuldner ein erzielter Gewinn.²³⁷ Sinn der Regelung des § 818 I, II ist es danach, dem Kondiktionsschuldner die Risiken aufzubürden, die er durch zurechenbares Handeln in bezug auf den Bereicherungsgegenstand verursacht, ihm die Vorteile zu belassen, die er durch eigenes Handeln erworben hat. Rechte oder Rechtslagen, die auf diese Weise an die Stelle des Leistungsgegenstandes²³⁸ treten, sind nicht Surrogat im Sinne des § 818 I.

²³⁵ S. 122 f.

²³⁶ AaO, S. 126 N. 422; ebenso Krawielicki JhJ 81 (1931), 348. Anders: H. P. Westermann JuS 68, 22; U. Meyer, S. 49. S. u. N. 238.

²³⁷ RG 101, 389 (391); v. Caemmerer, Festschr. f. Lewald, S. 448 N. 27; v. Lübtow, Beiträge, S. 29.

²³⁸ Nach herrschender Meinung ist § 818 I auf „rechtsgeschäftliche Surrogate“ nicht anzuwenden. Vgl. BGH 26, 106 (111); RG 101, 389 (391); 133, 283 (287); RGRK (Heimann-

Die Kondiktion des Anweisenden im Valutaverhältnis setzt eine Leistung, also ein zurechenbares Handeln des Anweisenden voraus, fällt damit nicht unter § 818 I. Der Anweisende hat dem Angewiesenen im Deckungsverhältnis also nach § 818 II Wertersatz zu leisten. Zu diesem Ergebnis kommt nun freilich auch *Wilhelm*,²³⁹ obwohl er davon ausgeht, daß die Kondiktion des Anweisenden gegen den Empfänger ein Surrogat des vom Angewiesenen geleisteten Bereicherungsgegenstandes ist. Zwar gehe nach dem Gesetz die Herausgabepflicht des Kondiktionsschuldners auch in ihrer Erstreckung auf die Surrogate (§ 818 I) der Wertersatzpflicht nach § 818 II vor. Dies könne jedoch nur gelten, wo die Bereicherung *allein* in diesen Surrogaten bestehe. Sie bestehe hier jedoch auch in der Gegenleistung des Empfängers. Daher habe der Angewiesene Anspruch auf Wertersatz, brauche sich auf den Surrogatanspruch nicht verweisen zu lassen. Daß die Bereicherung des Anweisenden nicht ausschließlich in der Kondiktion gegen den Empfänger besteht, spricht jedoch gegen den Gedanken der Surrogation, ist kein Grund dafür, trotz Surrogation entgegen § 818 I einen primären Wertersatzanspruch anzunehmen.

Im folgenden unterscheidet *Wilhelm* danach, ob der Empfänger im Valutaverhältnis bereits gegengeleistet hat oder ob seine Leistung noch aussteht. Hat der Empfänger noch nicht geleistet, so kann der Angewiesene vom Anweisenden Wertersatz verlangen oder die Abtretung der Kondiktion gegen den Empfänger, die ihm den Zugriff auf den Leistungsgegenstand selbst gestattet.²⁴⁰ Wählt der Angewiesene die Abtretung, so kann er ergänzenden Wertersatz fordern, wenn das Ergebnis der Geltendmachung der abgetretenen Kondiktion den Wert des Leistungsgegenstandes nicht erreicht.²⁴¹ Der Angewiesene soll also das Risiko eines Ausfalles nicht tragen. Dies ist eine Konsequenz der von *Wilhelm* allgemein angenommenen Risikoverteilung: Der Anweisende müsse als Risiko der Entscheidung über eigenes Vermögen die Gefahr einer negativen Vermögensentwicklung des Empfängers tragen, wie ihm auch ein etwaiger positiver Vermögenserfolg der Veräußerung des Bereicherungsgegenstandes zugewiesen sei.²⁴² Es trifft jedoch in dieser Allgemeinheit *nicht* zu, daß der Anweisende, weil ihm ein etwaiger Vermögensgewinn aus dem Verhältnis zum Empfänger zusteht, auch das Risiko eines Vermögensverlustes zu tragen hätte. Der Angewiesene und nicht der Anweisende trägt bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses oder Doppelmangel das Risiko eines Veräußerungsverlustes des Anweisenden, soweit die Kondiktion des Angewiesenen nach § 818 III auf die Bereicherung des Anweisenden beschränkt ist.²⁴³ Dies gilt auch für die durch Anweisungsleistung abgekürzte Zuwendungskette.

Trosien) § 818 Anm. 12; Soergel/Mühl § 818 Rn. 11; Palandt/Thomas § 818 Anm. 4a; Larenz SchR II § 70 I (S. 509). A. A. Esser SchR II § 105 Ib (S. 377). *Weitere Nachw.* bei U. Meyer, S. 29 N. 17, S. 33 N. 43.

²³⁹ S. 126.

²⁴⁰ S. 127.

²⁴¹ AaO.

²⁴² S. 125.

²⁴³ S. o. N. 234.

Hat der Empfänger bereits gegengeleistet, so besteht die Bereicherung des Anweisenden nach *Wilhelm* gegenständlich in der Kondiktion gegen den Empfänger und der Gegenleistung des Empfängers, vermindert um die Verpflichtung, dem Empfänger die Gegenleistung zurückzuerstatten.²⁴⁴ Diese Bereicherung sei „gegenständlich“ auf den Angewiesenen zu überführen, d.h. die Kondiktion gegen den Empfänger ist an ihn abzutreten, die Gegenleistung ihm zu übertragen. Dafür hat der Angewiesene den Anweisenden von der Kondiktion des Empfängers freizustellen. Zum Schutz des Anweisenden vor einer Inanspruchnahme durch den Empfänger sei der Freistellungsanspruch gegen den Angewiesenen durch die Bestellung eines Sicherungsrechts an der herauszugebenden Gegenleistung des Empfängers zu verstärken. *Wilhelm* entfernt sich mit diesen freien Konstruktionen im Bestreben, den Parteiinteressen gerecht zu werden, in nicht zulässiger Weise vom Leistungswillen der Parteien und der Regelung der §§ 812 ff., 818. Sein Lösungsvorschlag hat daher allenfalls rechtspolitischen Wert.

ee) Die eigene Ansicht: Durchgangstheorie

Der Inhalt der Kondiktion des Angewiesenen gegen den Anweisenden ist beim Doppelmangel derselbe wie beim einfachen Mangel des Deckungsverhältnisses. Gegenstand der Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden und primärer Gegenstand der Bereicherung des Anweisenden ist der Leistungsgegenstand selbst, d.h. der Gegenstand, den der Angewiesene „für Rechnung“ des Anweisenden dem Empfänger zuwendet.²⁴⁵ Diese Leistung des Angewiesenen kommt nicht nur unabhängig von den Kausalverhältnissen zustande, sondern ist auch *inhaltlich* von ihnen unabhängig. Daher eignet sie sich für alle denkbaren Gestaltungen des Valutaverhältnisses (wirksames Valutaverhältnis; nichtiges Valutaverhältnis mit einseitiger Kondiktion des Anweisenden gegen den Empfänger, gegenseitige Kondiktionen, die nach § 273 oder analog § 320 miteinander verknüpft sind, oder Saldierung, bei der der Anweisende das vom Empfänger Erworbene behält). Wie immer die Rechtsposition des Anweisenden im Valutaverhältnis beschaffen ist, primärer Gegenstand der Herausgabepflicht des Anweisenden ist „das Erlangte“,²⁴⁶ der Leistungsgegenstand selbst. Kann der Anweisende ihn nicht zurückgeben, etwa weil es (im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung über die Bereicherungsklage des Angewiesenen) ausgeschlossen erscheint, daß der Anweisende den Leistungsgegenstand vom

²⁴⁴ S. 128.

²⁴⁵ So i.E. auch v. Caemmerer JZ 62, 386; H. P. Westermann JuS 68, 24; Larenz SchR II, 10. Aufl., § 68 III b (S. 413); Wilhelm, S. 116 f.; Hagmann-Lauterbach, S. 50; Kupisch, S. 25 f.; U. Meyer, S. 31 f., 51 f.

²⁴⁶ v. Tuhr, Festschr. f. Bekker, S. 304; Oertmann DJZ 15, 1063 f.; Wilburg, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 124; v. Lübtow, Beiträge, S. 20 f., 25; v. Caemmerer, Festschr. f. Rabel I, S. 368; Esser SchR II § 105 I (S. 376); Larenz SchR II § 70 II (S. 511 f.); Flessner, S. 99 f.; Lieb S. 96 f. und NJW 71, 1290 f.; Kleinheyer JZ 61, 474; Koppensteiner NJW 71, 1774; Batsch NJW 69, 1743 f. und NJW 72, 612; Canaris JZ 71, 561; Pinger MDR 72, 101; Gursky JR 72, 280; Reeb, S. 9 f. a. A. Wilhelm, S. 193: Die Kondiktion ist „abstrakt am Vermögen orientiert“.

Empfänger zurückerhält, so hat der Anweisende Wertersatz zu leisten (§ 818 II).²⁴⁷ Seine Höhe bestimmt sich nach dem Wert der konkreten Rechtsposition des Anweisenden im Verhältnis zum Empfänger. Sie ist im Zweifelsfall vom Richter in freier Schätzung festzustellen (§ 287 I 1, II ZPO). Die Rechtsposition des Anweisenden im Valutaverhältnis bestimmt jedoch in keinem Fall den *Gegenstand* der Kondiktion des Angewiesenen; auch nicht über § 818 I, da eine etwaige Kondiktion des Anweisenden gegen den Empfänger oder das Ensemble seiner Rechte und Pflichten im Valutaverhältnis kein Surrogat des Leistungsgegenstands im Sinne dieser Vorschrift sind.²⁴⁸ Da nach dieser Ansicht der Empfänger nie Schuldner des Angewiesenen wird, können sich weder Gegenrechte des Empfängers aus dem Verhältnis zum Anweisenden noch eine Entreicherung oder Insolvenz des Empfängers *direkt* auf die Kondiktion des Angewiesenen auswirken. Sie sind freilich von mittelbarer Bedeutung: Soweit sie zu einer Entreicherung des Anweisenden führen, beschränken sie die Kondiktion des Angewiesenen gegen den Anweisenden, wenn dieser nach § 818 III nur die vorhandene Bereicherung herauszugeben braucht.²⁴⁹ Sie sind hingegen ohne Einfluß auf die Kondiktion des Angewiesenen, soweit dieser durch die Saldotheorie im Deckungsverhältnis geschützt ist oder der Anweisende verschärft haftet (§§ 818 IV, 819 I, 820). Dies gilt grundsätzlich auch für die Fälle, in denen eine Leistungskondiktion des Anweisenden gegen den Empfänger nach §§ 814, 815 und 817 S. 2 ausgeschlossen ist. Doch sind hier Besonderheiten zu beachten.²⁵⁰ Im übrigen gelten die Regeln, die für die Kondiktion nach Weitergabe des Leistungsgegenstands (in linearer Kette) anerkannt sind. Der Leistende braucht sich, wenn der Leistungsempfänger den Gegenstand weiterveräußert hat, nicht mit der Abtretung der Kondiktion gegen den Zweiterwerber zufriedenzugeben.²⁵¹ Ein etwa erzielter Veräußerungsgewinn verbleibt dem Ersterwerber; er braucht keinesfalls mehr herauszugeben, als der Kondiktionsgläubiger mit der Leistung geopfert hat. Ein durch die Weiterveräußerung entstandener Verlust (z. B. durch Verkauf unter Wert oder Insolvenz des Zweiterwerbers) mindert die Bereicherung des Ersterwerbers und kann, soweit § 818 III anwendbar ist, auf den Kondiktionsgläubiger abgewälzt werden.²⁵² Im Rahmen der Anwendbarkeit des § 818 III trägt also der Leistende das Risiko einer Entreicherung des Leistungsempfängers durch „unvorteilhafte Verwendung“ des Erlangten wie das Risiko einer auf andere Weise eintretenden Ent-

²⁴⁷ Hagmann-Lauterbach aaO; U. Meyer, S. 51 f. mit ausführlicher Begründung; Kupisch WM Sonderbeilage 3/1979, S. 8; Staudinger/W. Lorenz¹² § 812 Rn. 55.

²⁴⁸ S. o. unter dd.

²⁴⁹ So auch U. Meyer, S. 35.

²⁵⁰ S. o. unter bb.

²⁵¹ Für die Leistungskette einhellige Meinung, vgl. RG Recht 1907 Nr. 1827; RG 86, 348; H. P. Westermann JuS 68, 22; Staudinger/Seufert § 818 Rn. 14.

²⁵² RG 98, 131 (135); 101, 389 (391); 137, 171 (180); BGH 26, 185 (194 f.); BGH WM 61, 948 f. und WM 66, 973; Palandt/Thomas § 818 Anm. 6 B e; Erman/H. P. Westermann § 818 Rn. 36, 48; v. Caemmerer, Festschr. f. Lewald, S. 448 N. 27; v. Lübtow, Beiträge, S. 29; Flessner, S. 14 m. Nachw. Anders insbes. RG 170, 65 (67 f.) und BGH 56, 173 (178 f.). Vgl. auch die Nachweise bei U. Meyer, S. 36 N. 58 und S. 37 N. 59.

reicherung. All das gilt auch für die Anweisungsleistung, die in der Rechtsfolge eine Zuwendungskette zustande bringt. Es ist ohne Bedeutung, daß dies auf abgekürztem Wege, durch einen einzigen Zuwendungsvorgang zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger mit Fremdwirkung gegenüber dem Anweisenden geschieht. Entspricht also die Anweisungsleistung wertungsmäßig der (ausgeführten) Zuwendungskette, ist eine Nichtanwendung des § 818 III auf die Anweisungsleistung (teleologische Reduktion) unzulässig.

Praktisch wird die Kondiktion des Angewiesenen gegen den Anweisenden in der Regel auf Wertersatz gehen (§ 818 II), da der Anweisende außer Stande ist, den Leistungsgegenstand zurückzugewähren. Es trifft jedoch nicht zu, daß damit ein Interesse des Angewiesenen, den Gegenstand selbst zurückzuerhalten, vernachlässigt wird.²⁵³ Ein solches Interesse des Angewiesenen besteht meist nicht, da Anweisungsleistungen typischerweise bei Geld und Massengütern vorkommen.²⁵⁴ Davon abgesehen dürfte das Interesse an der Abwicklung innerhalb des Deckungsverhältnisses (Erhaltung der Gegenrechte, angemessene Verteilung des Insolvenzrisikos) in der Regel überwiegen. Auch das Interesse des Empfängers an der Abwicklung innerhalb des Valutaverhältnisses ist zu berücksichtigen. Vor allem aber kann es nicht allein auf eine objektive Abwägung, Berücksichtigung oder Vernachlässigung bestimmter Parteiinteressen ankommen. Festzustellen ist vielmehr, welche Risiken die Parteien durch die Anweisungsleistung *übernommen* haben.

Am Problem des Inhalts der Kondiktion des Angewiesenen gegen den Anweisenden beim Doppelmangel wird deutlich, wie *unkompliziert* die Durchgangstheorie ist. Dies tritt vor allem im Vergleich zu den Konstruktionen von *H. P. Westermann*, *Köndgen* und *Wilhelm* hervor. Es ist auch nicht so, daß die dogmatischen Schwierigkeiten von der Auffassung des Leistungsgegenstands zum Problem des rechtsgeschäftlichen Vollzugs der Anweisungsleistung gleichsam nur verlagert worden wären. Die Konstruktion der Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden als simultaner Vollzug einer Zuwendung des Angewiesenen an den Anweisenden und des Anweisenden an den Empfänger analog §§ 164 ff. ist unschwer nachvollziehbar.

IV. Die Anwendung des § 822

Das Gesetz gewährt in § 822 dem Veräußerer den Kondiktionsdurchgriff gegen den Zweiterwerber des Leistungsgegenstandes. Der Zweiterwerber ist zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn *er* die Zuwendung vom Veräußerer erhalten hätte. Das Gesetz gewährt damit einen Versionsanspruch. Der sich daraus ergebende Ausnahmeharakter der Vorschrift und die der Durchgriffskondiktion nach § 822 zugrunde liegende Wertung wurden oben erörtert.²⁵⁵ Kommt durch die Anweisungsleistung

²⁵³ So aber Wilhelm, S. 127.

²⁵⁴ Köndgen, Festg. f. Esser, S. 74; U. Meyer, S. 53/54.

²⁵⁵ S. o. III 2 a, cc.

eine vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger führende Zuwendungskette zustande, so ist § 822 *direkt* anzuwenden,²⁵⁶ wenn das Deckungsverhältnis mangelhaft ist, der Anweisende die Sache dem Empfänger unentgeltlich zugewendet hat und dem Angewiesenen deshalb keine Kondition gegen den *Anweisenden* zusteht, weil dieser entreichert ist. Ist also der Angewiesene weder durch die Anwendung der Saldotheorie im Deckungsverhältnis noch durch eine verschärfte Haftung des Anweisenden (§§ 818 IV, 819 I, 820) geschützt, so kondiziert der Angewiesene nach § 822 den Leistungsgegenstand vom *Empfänger*. Auch hier besteht in der Rechtsfolge kein Unterschied zwischen der Anweisungsleistung und der ausgeführten Leistungskette.

§ 5: Das Nichtzustandekommen der Anweisungsleistung

I. Ansatzpunkte für Mängel der Anweisungsleistung

Die Anweisungsleistung¹ besteht bei rechtsgeschäftlichen Leistungen im abgekürzten Vollzug zweier Zuwendungsgeschäfte zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden einerseits, dem Anweisenden und dem Empfänger andererseits. Erfolgt die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden durch reine Tathandlung (Dienst- oder Werkleistung) oder durch die bewußte Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandes (etwa §§ 946 ff.), so werden die Rechtsfolgen der Zuwendung den Parteien so zugewiesen, wie wenn der Angewiesene dem Anweisenden, der Anweisende dem Empfänger ebendiese Zuwendung gemacht hätte. Voraussetzung ist, daß der Angewiesene erkennbar „auf Anweisung“ oder „für Rechnung“ des Anweisenden leistet und eine wirksame Anweisung besteht.

Der Tatbestand der Anweisungsleistung bietet an vier Stellen Ansatzpunkte für Mängel:

1. Eines der Zuwendungsgeschäfte oder beide Geschäfte sind unwirksam (z. B. wegen Formmangels, §§ 125 ff., oder wirksamer Anfechtung, §§ 119 ff., 141 I), die Tathandlung des Angewiesenen schlägt fehl.
2. Der Angewiesene handelt (unter Umständen trotz wirksamer Anweisung) „für *eigene* Rechnung“.
3. Die Anweisung (Ermächtigung) ist mangelhaft (fehlt, wird unwirksam erteilt, angefochten, widerrufen usw.).

²⁵⁶ So auch Esser SchR II § 102 I 1 (S. 345). Für *analoge* Anwendung: RG JW 1934, 2458 Nr. 2 (2459); OLG Hamburg JZ 71, 424 (426); Gottschalk JhJ 78 (1927/28), 318 f.; v. Caemmerer JZ 62, 388; Lorenz AcP 168 (1968), 296 (m. Nachw.); ders. JuS 68, 444/445 und JZ 68, 53; H. P. Westermann JuS 68, 20 (m. Nachw.); Staudinger/Seufert § 822 Rn. 5; Meyer-Cording, S. 50 N. 9; Kupisch, S. 82; U. Meyer, S. 23.

¹ S. o. § 3 III 1.

4. Es besteht „Dissens“ über die Person des Leistenden und die Tilgungsbestimmung der Leistung (der Angewiesene will „für Rechnung“ des Anweisenden mit Tilgungsbestimmung auf Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis leisten, der Empfänger jedoch faßt die Leistung ohne Fahrlässigkeit als Eigenleistung des Angewiesenen mit Tilgungsbestimmung auf eine Schuld des Angewiesenen ihm gegenüber auf).

In diesen Fällen kann die Rechtsfolge der Anweisungsleistung, die Geltung der über den Anweisenden führenden Zuwendungskette, *nicht* eintreten. Die sich stattdessen ergebenden Rechtsfolgen sind von Fall zu Fall zu bestimmen.

II. Unwirksamkeit der Zuwendungen

Bei Unwirksamkeit der Zuwendungsgeschäfte gibt es keine Besonderheit der Anweisungsleistung. Dies gilt zunächst für die *Gründe* der Unwirksamkeit. Es kommen sämtliche Gründe für die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften und für das Fehlschlagen tatsächlicher Handlungen in Frage. Im Falle der Unwirksamkeit einer Zuwendung oder der beiden Zuwendungen gelten die für die *Zuwendungskette* maßgebenden Grundsätze. Hat etwa der Anweisende nach § 134 kein Eigentum erworben, so kann der Empfänger, da er von ihm erwirbt, nur gutgläubig erwerben (§§ 932 ff.). Ist keiner von ihnen Eigentümer geworden, vindiziert der Angewiesene vom Empfänger. Daneben steht ihm die Besitzkondiktion zu. Schlägt eine Zuwendung des Angewiesenen durch reine Tathandlung fehl, erlangt weder der Anweisende noch der Empfänger ein der Herausgabe fähiges „Etwas“.

III. Handeln des Angewiesenen „für eigene Rechnung“

Kommt die Rechtswirkung der Anweisungsleistung als Fremdwirkung des Zuwendungsgeschäfts zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger (analog §§ 164 ff.) zustande, so kann sie, wenn der Angewiesene „für eigene Rechnung“ handelt, ebensowenig eintreten, wie das „Vertretergeschäft“ nach § 164 bei Handeln des Vertreters „im eigenen Namen“ eine Wirkung gegenüber dem Vertretenen entfaltet. Der „Vertreter“ (Angewiesene) ist in diesem Fall nicht nur Partei des Geschäfts, sondern auch das Subjekt, dem die Geschäftswirkungen zugerechnet werden: Der Angewiesene ist Zuwendender und damit nach der hier vertretenen Ansicht Leistender und Konditionsgläubiger im Sinne der §§ 812 ff. Zuwendungsempfänger, damit Leistungsempfänger und Konditionsschuldner ist als „Geschäftsgegner“ der Empfänger.

Eine Eigenleistung an den Empfänger beabsichtigt der „Angewiesene“ jedenfalls dann, wenn er ausschließlich zur Erfüllung einer von ihm angenommenen Schuld gegenüber dem Empfänger leistet. Ist die Leistung des Angewiesenen *daneben* zur Tilgung im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis bestimmt (angenommene Anweisung, berechtigender Vertrag zugunsten Dritter), kommt eine Eigenleistung des

Angewiesenen oder eine Leistung „für Rechnung“ des Anweisenden in Frage. Dient die Leistung des Angewiesenen *nur* der Erfüllung im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis, ist eine Eigenleistung an den Empfänger zwar möglich, doch wenig wahrscheinlich. Der Zweck der Leistung und ihre Bestimmung „für eigene Rechnung“ oder „fremde Rechnung“ ist dem Leistungsverhalten des Angewiesenen zu entnehmen. Dieses ist nach oder analog den allgemeinen Regeln für empfangsbedürftige Willenserklärungen auszulegen.² Daher kommt es nicht auf die subjektive Bedeutung der Leistung an. Es gelten einige *Auslegungsregeln*:

der Empfänger hat „im Zweifel“, d. h. wenn die ihm erkennbaren Umstände eine solche Möglichkeit nicht ausschließen, eine Leistung des Angewiesenen auf eine eigene Schuld ihm gegenüber anzunehmen. In der Regel erfüllt jeder nur eigene Verbindlichkeiten.³ Dies gilt auch dann, wenn aus der Sicht des Empfängers eine Anweisungsleistung ebenfalls in Frage kommt. Angenommen, der Angewiesene schuldet dem Empfänger 100 und denselben Betrag dem Anweisenden, der ihn zur Zahlung an den Empfänger „für seine Rechnung“ anweist. Der Angewiesene zahlt an den Empfänger ohne Angabe deswendungszwecks. Besteht nun ein Valutaverhältnis zum Anweisenden und weiß der Empfänger vom Deckungsverhältnis, so befindet er sich im Zweifel darüber, ob der Angewiesene eine Eigenleistung auf seine Schuld ihm gegenüber oder eine Anweisungsleistung mit Tilgungszweck im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis wollte. Der Empfänger hat dann von einer Eigenleistung auf die Schuld des Angewiesenen ihm gegenüber auszugehen, da diese den Angewiesenen (Schuldner) sicherer entlastet als die Anweisungsleistung, deren Zustandekommen von der Wirksamkeit der Anweisung abhängt.

Scheidet nach den Umständen eine solche Eigenleistung des Angewiesenen aus, so bleiben die Möglichkeiten einer Eigenleistung auf das Valutaverhältnis (Drittleistung nach § 267) und der Anweisungsleistung. Hier ist im Zweifel die Anweisungsleistung als Leistung auf eigene Schuld (im Deckungsverhältnis) anzunehmen. Ein Beispiel der Drittleistung ist beim Vorbehaltskauf (§ 455) die Zahlung des Restkaufpreises durch einen Gläubiger des Käufers, die dem Zahlenden die ungehinderte Vollstreckung in den Kaufgegenstand ermöglicht. Ein solches Interesse an der Erfüllung fremder Schulden ist in der Regel *nicht* gegeben. Die Auslegungsregel ist damit jedoch noch nicht zureichend begründet. Bei Bestehen eines Deckungsverhältnisses und Valutaverhältnisses könnte der Angewiesene durch eine Eigenleistung an den Empfänger zugleich seine Schuld gegenüber dem Anweisenden (nach §§ 362 II, 185) und die Valutaschuld des Anweisenden (nach § 267) erfüllen. Er würde so „auf eigene Schuld“ leisten. Dieses Leistungsmodell wird etwa für bestimmte Fälle des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter vertreten. Dagegen spricht jedoch das Interesse der Parteien an der Abwicklung der Leistung innerhalb der Kausalverhältnisse, insbesondere das Interesse an der Erhaltung der Gegenrechte und einer angemessenen Verteilung des Insolvenzrisikos bei der Rückabwicklung. Deshalb ist „im Zweifel“ eine Anweisungsleistung anzunehmen.

² S. u. V 4b.

³ Esser SchR, 2. Aufl., § 190, 2 (S. 782); zust. Zeiss AcP 165 (1965), 336.

IV. Mängel der Anweisung

Spricht man von Mängeln der Anweisung, so meint man eine *rechtsgeschäftliche* Anweisung. Daher sind Fälle, in denen (etwa analog §§ 170 ff.) bei fehlender oder unwirksamer rechtsgeschäftlicher Anweisung eine gesetzliche Anweisung kraft Rechtsscheinhaftung besteht, Fälle eines Anweisungsmangels in diesem Sinn.

Die Anweisung ist nach der hier vertretenen Auffassung⁴ der Vollmacht nach §§ 164 ff. vergleichbar und die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden entspricht einem doppelten Vertretergeschäft.

Übereignet der Angewiesene dem Empfänger eine Sache „für Rechnung“ des Anweisenden, so kommt eine Kette zweier Übereignungen zustande. Den dinglichen Vertrag mit dem Anweisenden vollzieht der Angewiesene durch In-sich-Geschäft (analog § 181). Den dinglichen Vertrag mit dem Empfänger schließt er als „Vertreter“ des Anweisenden (analog §§ 164 ff.). In beiden Fällen beruht die Wirkung der Zuwendung gegenüber dem Anweisenden auf dessen Ermächtigung, die durch die Anweisung erteilt wird. Bei Fehlen oder Mängeln der Anweisung hat die Anweisungsleistung keine Wirkung gegenüber dem „Anweisenden“ als dem „Vertretenen“ – von der Möglichkeit seiner Genehmigung (§ 177 I) abgesehen. Die h. M. kommt zu demselben Ergebnis, hat jedoch erhebliche Schwierigkeiten mit der Begründung.⁵

Nach h. M. bestimmt in den Fällen des Anweisungsmangels die als Grundlage der „Leistungen“ innerhalb der Kausalverhältnisse auch bei wirksamer Anweisung angenommene Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger die weiteren Rechtsfolgen. Sie wird nach h. M. von dem Mangel der Anweisung nicht berührt und führt grundsätzlich zur Durchgriffskondiktion des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger.⁶ Die Durchgriffskondiktion gilt als Fall der Nicht-Leistungskondiktion.⁷ Zugleich mit der Anweisung fehlt eine Tilgungsbestimmung des Anweisenden auf das Valutaverhältnis. Die Zuwendung des „Angewiesenen“ an den Empfänger sollte auch der Erfüllung im Deckungsverhältnis dienen, doch ist anzunehmen, daß diese Tilgungsbestimmung nur für den Fall einer wirksamen Anweisung, also der Lei-

⁴ S. o. § 3 I 1, III 2.

⁵ Vgl. unten 1b.

⁶ Larenz SchR II § 68 III c 2 (S. 482 f.); Medicus Rn. 677; Koppensteiner/Kramer, S. 47 f.; Lorenz AcP 168 (1968), 302; ders. JuS 68, 447 f. und JZ 68, 52; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 821 f. und in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 211 f.; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 69 f.; Kupisch WM Sonderbeilage 3/1979, S. 10; Pinger AcP 179 (1979), 315; Staudinger/W. Lorenz¹² § 812 Rn. 51 f.; Wassermann/Joerges § 812 Rn. 28. Vgl. auch die Nachweise in N. 14 ff.

⁷ Vgl. Larenz SchR II § 68 III c 2 (S. 482) m. Nachw.; Medicus Rn. 677; Koppensteiner/Kramer, S. 49; Lorenz AcP 168 (1968), 302 und JZ 68, 51 f.; Canaris BB 72, 777 und Festschr. f. Larenz, S. 808; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 69. Für *Leistungskondiktion*: BGH 50, 217 (232); LG Bielefeld WM 70, 1072; v. Caemmerer JZ 62, 389; Heimann-Trosien JR 74, 286 und in RGRK (Heimann-Trosien)¹² § 812 Rn. 27; Wilhelm, S. 130 und AcP 175 (1975), 313 N. 26; Kupisch, S. 73 f. BGH 66, 362 (366) läßt die Frage der Rechtsnatur der Kondiktion offen.

stung innerhalb der Kausalverhältnisse gewollt war. Bei einem Mangel der Anweisung bleibt es nach h. M. bei der einfachen Zuwendung des „Angewiesenen“ an den Empfänger. Für sie war die Tilgungsbestimmung auf das Deckungsverhältnis nicht getroffen.

Auf der Grundlage der Durchgriffskondition des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger stellt sich für die h. M. die Frage, wie weit das Vertrauen des Empfängers auf das Bestehen einer wirksamen Anweisung, das Empfangen einer Leistung des Anweisenden und die damit verbundenen Vorteile bei der Abwicklung der Leistung zu schützen ist. Unterschieden wird zwischen dem „abstrakten Vertrauensschutz“,⁸ der Behandlung des Empfängers, wie wenn eine wirksame rechtsgeschäftliche Anweisung gegeben wäre,⁹ und dem „konkreten Vertrauensschutz“ durch den Entreicherungseinwand des Empfängers gegen die Kondition des „Angewiesenen“ (§ 818 III), wenn der Empfänger aufgrund der Zuwendung einen Vermögensnachteil erlitten, insbesondere im Vertrauen auf sein Recht zum Behalten des Leistungsgegenstands an den „Anweisenden“ eine Gegenleistung erbracht hat.¹⁰ Umstritten sind vor allem die *Kriterien* nach denen der Schutz des Empfängers abzustufen ist. Die Meinungsbildung zu diesem Problemkreis ist noch nicht abgeschlossen. Der BGH¹¹ hat sich den Standpunkt v. *Caemmerers*¹² zu eigen gemacht, nach dem es „für die sachgerechte bereicherungsrechtliche Abwicklung von Vorgängen, an denen mehr als zwei Personen beteiligt sind“, „in erster Linie“ auf die „Besonderheiten des einzelnen Falles“ ankommt. Damit ist nicht die Selbstverständlichkeit gemeint, daß jeder Fall individuell, seiner Eigenart entsprechend zu entscheiden ist, sondern es wird allgemein die Freiheit zur Entscheidung nach dem Maßstab der Einzelfallgerechtigkeit in Anspruch genommen.¹³ Man mag dies bedauern: Das Prinzip der Rechtssicherheit, aber auch die Gerechtigkeit, die Gleichbehandlung des im wesentlichen Gleichen fordert, drängen zur Regelbildung. Doch ist die Zurückhaltung des Gerichts angesichts der seinen Urteilen zukommenden faktischen Bindungswirkung zu begrüßen, wenn es die den Entscheidungen zugrunde liegenden Rechtsfragen noch nicht für hinreichend geklärt hält.

An einer im Zeitpunkt der Zuwendung des „Angewiesenen“ wirksamen und das Geschäft deckenden Anweisung fehlt es nach allgemeiner Ansicht einmal, wenn eine Anweisung nicht erklärt wurde,¹⁴ der „Angewiesene“ etwa irrtümlich die Erklärung

⁸ Terminologie nach Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 824 ff.

⁹ Dafür in bestimmten Fällen: RG WarnRspr 1911 Nr. 114; RG Recht 1922 Sp. 254 (Nr. 1555); RG JW 32, 735 (738 f.); OLG Hamburg SeuffA 76 Nr. 143; LG Bielefeld WM 70, 1072; Larenz Schr II, 10. Aufl., § 68 III c 2, S. 415 f. (aufgegeben seit der 11. Aufl.); Ulmer AcP 126 (1926), 163 N. 49; Pfister JR 69, 48 f. Dazu s. u. 1 b.

¹⁰ Koppensteiner/Kramer, S. 47 ff.; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 824 ff.; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 70 f.; Staudinger/W. Lorenz¹² § 812 Rn. 53. Dazu s. u. 1 c, bb.

¹¹ BGH 50, 227 (229); 58, 184 (187); 61, 289 (292); 66, 362 (364); 66, 372 (374); 67, 75 (77).

¹² JZ 62, 386.

¹³ Vgl. Wilhelm AcP 175 (1975), 305.

¹⁴ Für *Durchgriffskondition*: BGH 50, 227; 66, 362 (364); 69, 186 (190); RG JW 32, 739; OLG Düsseldorf WM 75, 875; LG Bielefeld WM 70, 1072; RGRK (Heimann-Trosien)¹² § 812

als Anweisung auslegte oder zwar das Fehlen einer Anweisung kannte, aber mit einer Genehmigung der Leistung durch den „Anweisenden“ rechnete, die nicht erteilt wurde. Zum anderen kommt eine Anweisungsleistung nicht zustande, wenn die (erklärte) Anweisung mangelhaft ist, weil der Anweisende geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig ist,¹⁵ nicht Verfügungsberechtigt ist,¹⁶ für ihn ein Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt,¹⁷ ein wirksamer Widerruf¹⁸ oder eine Anfechtung¹⁹ erfolgte, die Anweisung gefälscht oder verfälscht wurde.²⁰ Zum dritten fehlt es, bezogen auf die konkrete Zuwendung, an einer wirksamen Anweisung, wenn der an sich wirksam Angewiesene versehentlich zu viel, zweimal²¹ oder an einen anderen Adressaten,²² als vom Anweisenden angegeben, leistet. In diesen Fällen ist das Vorliegen eines Mangels der Anweisung unproblematisch. Hingegen ist eine *wirksame* Anweisung gegeben in den oft in diesem Zusammenhang genannten Fällen der Leistung der Bank ohne ausreichende Deckung oder trotz Pfändung des Kontos des

Rn. 27; Medicus Rn. 677; Koppensteiner/Kramer, S. 47f.; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 821f. und in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 216 (m. w. N.), 219; Meyer-Cording, S. 51 (m. w. N.); Wilhelm, S. 133f. und JuS 73, 4f.; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 69. *Für Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse*: Pfister JR 69, 48f.

¹⁵ *Für Durchgriffskondiktion*: OLG Dresden SeuffA 77 Nr. 182 (S. 285); Canaris BB 72, 778 (m. Nachw.) und in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 222; RGRK (Heimann-Trosien)¹² § 812 Rn. 27; Lorenz AcP 168 (1968), 302f.; ders. JZ 68, 51 und JuS 68, 448; Mühl NJW 68, 1868; Schwark WM 70, 1335; U. Meyer, S. 117f. *Für Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse*: Heck SchR § 144 I 5 (S. 432); Wetzel, S. 67; v. Caemmerer JZ 62, 387; Möschel JuS 72, 301f. Eine *dritte Abwicklungsmöglichkeit* vertritt Kaehler, S. 121f. BGH 61, 292f. läßt die Frage offen.

¹⁶ *Für Durchgriffskondiktion*: Canaris BB 72, 778.

¹⁷ *Für Durchgriffskondiktion*: OLG Celle WM 76, 170; Canaris BB 72, 778 und in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 222 (m. w. N.).

¹⁸ *Für Durchgriffskondiktion*: OLG Düsseldorf NJW 74, 1001 und WM 75, 875; Canaris BB 72, 778f. (m. Nachw.); ders. Festschr. f. Larenz, S. 828 und in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 224, 225; Larenz SchR II § 68 III c 2 (S. 483); Wilhelm, S. 139f. und AcP 175 (1975), 320. *Für Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse*: BGH NJW 74, 40; Meyer-Cording, S. 48; U. Meyer, S. 112f.; v. Caemmerer JZ 62, 387; Schwark WM 70, 1335; Möschel JuS 72, 301; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 69f.

¹⁹ *Für Durchgriffskondiktion*: OLG Karlsruhe JW 38, 662; Canaris BB 72, 778f.; ders. Festschr. f. Larenz, S. 823f. und in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 224; Meyer-Cording, S. 101; U. Meyer, S. 124f. *Für Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse*: Erman/H. P. Westermann § 812 Rn. 22; v. Caemmerer JZ 62, 387; Schwark WM 70, 1336; Möschel JuS 72, 301.

²⁰ *Für Durchgriffskondiktion*: Hamburg OLGZ 22, 353 (354); Canaris BB 72, 778 (m. Nachw.) und in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 222 (m. Nachw.); Meyer-Cording, S. 102f.; U. Meyer, S. 105; v. Caemmerer JZ 62, 387; Lorenz JuS 68, 447; Schwark WM 70, 1335; Möschel JuS 72, 302. Offen läßt die Frage: BGH 61, 292f.

²¹ *Für Durchgriffskondiktion*: RG JW 32, 739; Canaris in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 222 (m. Nachw.); Schoele Ziff. 753; Kaehler, S. 122f.; Lorenz AcP 168 (1968), 302 und JuS 68, 447; Schwark WM 70, 1335; Möschel JuS 72, 303. *Für Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse*: OLG Hamburg SeuffA 76 Nr. 143 (S. 232). Unentschieden: BGH 61, 292f.

²² *Für Durchgriffskondiktion*: BGH 66, 372; Schoele Ziff. 753; Kaehler, S. 122f.; Möschel JuS 72, 303.

Anweisenden.²³ Hier fehlt nicht die Anweisung, sondern das Deckungsverhältnis, da entweder der Anweisende keine Forderung gegen die Bank hat (mangelnde Deckung) oder die vorhandene Forderung als Deckungsverhältnis nicht in Frage kommt, weil der Anweisende aufgrund der Pfändung die Forderung nicht einziehen, die Bank nicht an ihn leisten darf (§ 829 I ZPO).²⁴ Es liegt also in diesen Fällen eine Zuwendung und Leistung (§ 812 I 1) der Bank (Angewiesenen) an den Kunden (Anweisenden) vor, die wegen Zweckverfehlung im Deckungsverhältnis durch eine Leistungskondition der Bank gegen den Kunden rückgängig gemacht wird.

1. Die Behandlung des Problems in Rechtsprechung und Literatur

a) Die Argumentationsbasis

Die Auseinandersetzung mit anderen Stellungnahmen zum Problem der Leistung trotz fehlender Anweisung setzt eine gemeinsame Grundlage als Basis der Argumentation voraus. Sie besteht in der Auffassung, daß die Regelung der Leistungsfolgen für diesen Fall ein Problem des *Vertrauensschutzes* ist.²⁵ Dieser gemeinsame Ansatz trägt jedoch nicht weit: Es besteht ein unüberbrückbarer Gegensatz zwischen dem freien Argumentieren der *b. M.* mit allgemeinen Grundsätzen der Vertrauenshaftung und dem Sammeln und Abwägen verschiedenster Gesichtspunkte für die „Schutzwürdigkeit“ des einen oder anderen der Beteiligten und der *hier* vertretenen *Analogie* zu der gesetzlichen Regelung der Vertrauenshaftung in §§ 170 ff.²⁶ Einen Kompromiß zwischen beiden Auffassungen verbietet die „Notwendigkeit der Analogie“.²⁷ Ist einmal die Rechtsähnlichkeit zwischen der Zuwendung des Angewiesenen bei fehlender Anweisung und der Zuwendung des Vertreters ohne Vertretungsmacht erkannt, so gebietet der Gleichheitssatz, zugleich Verfassungsnorm (Art. 3 I GG)²⁸ und Forderung der Gerechtigkeit,²⁹ zwingend die entsprechende Anwendung der §§ 170 ff. auf die Anweisungsleistung. Durch diese Analogie erhält die, in undeutlichen Umrissen allgemein erkannte Regelungslücke des Gesetzes scharfe Konturen und wird zugleich ausgefüllt.³⁰ Die Analogie hat den

²³ Für Kondition innerhalb der Kausalverhältnisse: BGH 61, 289 (293/294); Canaris in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 211; Meyer-Cording, S. 100; Wilhelm, S. 157; v. Caemmerer JZ 62, 387; Schwark WM 70, 1335; Möschel JuS 72, 301. Ein bloßer Mangel des Deckungsverhältnisses lag auch vor im sogenannten *Postanweisungsfall* (RG 60, 24), in dem das RG der Post (Angewiesenen) im Ergebnis zutreffend die Kondition gegen den Empfänger versagte (vgl. dazu Canaris BB 72, 778; Wilhelm, S. 157; Medicus Rn. 678; Köppensteiner/Kramer, S. 49 f.).

²⁴ Ähnlich v. Caemmerer JZ 62, 387.

²⁵ Vgl. insbes. Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 824 ff.; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 70 f.

²⁶ S. u. 2.

²⁷ Vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 148 ff.

²⁸ Vgl. Maunz/Dürig/Herzog (Dürig) Art. 3 I GG Rn. 401: „Der Analogieschluß ist nichts anderes als eine spezielle Anwendungsmodalität des Gleichheitssatzes“.

²⁹ Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 366.

³⁰ Dazu allgemein Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 71 f., 148 ff.

Vorrang vor Verfahren der Lückenfüllung aus allgemeinen Rechtsprinzipien, gesetzlichen Wertungen, der Rechtsidee etc., vor allem aber vor dem die Souveränität des Gesetzgebers usurpierenden freien Sammeln und Abwägen von Gesichtspunkten. Die Analogie hat solchen Lösungsversuchen gegenüber nicht nur den Vorzug, mit der Feststellung der Lücke zugleich die Ausfüllung zu leisten, sie ist nicht nur das konkretere, sachnähere Verfahren, sondern sie folgt dem Geltungsanspruch des positiven Gesetzes, der sich so weit erstreckt, als der Normzweck reicht, also auch über den vom möglichen Wortsinn des Tatbestandes erfaßten Wirklichkeitsausschnitt hinaus.

Diskutierbar am Analogieschluß bleibt stets seine Basis, die Feststellung der *Rechtsähnlichkeit* des zu regelnden mit dem im Gesetz geregelten Sachverhalt, die wertenden Charakter besitzt.³¹ Sie erfordert einmal die Feststellung des Regelungszwecks der analog anzuwendenden Norm, also der Hinsicht, in der die verglichenen Sachverhalte bei sonstiger Verschiedenheit übereinstimmen müssen. Zum anderen sind an dem zu regelnden Sachverhalt die Züge festzustellen, wegen deren der Regelungsgedanke der Vergleichsnorm auf ihn passen soll. Der Regelungsgedanke muß, wenn die Analogie statthaft sein soll, in dem zu regelnden Sachverhalt seine Entsprechung finden. Es gilt daher das Wesen dieses Sachverhalts zu erfassen, in die „Natur der Sache“ einzudringen.³² Alle Stellungnahmen zur Regelung der Leistungsfolgen bei fehlender Anweisung enthalten Aussagen über die „Natur“ dieses Sachverhalts. Mit Hilfe dieser Aussagen soll die Rechtsähnlichkeit des Sachverhalts mit dem der Vertretung ohne Vertretungsmacht geprüft werden.

In Rechtsprechung und Literatur zum Mangel der Anweisung lassen sich *drei Themenkreise* unterscheiden: die Frage der Zurechnung der Anweisungsleistung an den „Anweisenden“, das Problem des Vertrauensschutzes für den Empfänger und, als Sonderfall, die Abwicklung der Leistung auf externe Anweisung trotz internen Widerrufs.

b) Die Zurechnung der Anweisungsleistung

aa) Argumente für eine Zurechnung an den „Anweisenden“

α) *Das Fehlen der Anweisung als Mangel des Deckungsverhältnisses.* In seiner Anmerkung zum Urteil des BGH vom 30. 5. 1968³³ lehnt Pfister,³⁴ im Gegensatz zu der Entscheidung, trotz fehlender Anweisung eine Kondition des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger ab. Gegen eine Durchgriffskondition führt er ins Feld:³⁵ Der

³¹ Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 366 f.

³² Vgl. Arthur Kaufmann, Analogie und Natur der Sache, S. 35 ff.

³³ BGH 50, 227; zust. Lorenz JZ 69, 149; Ehmann NJW 69, 398. Vgl. auch Joerges AG 76, 318; Kupisch, S. 76 f. und die in der folgenden N. Genannten.

³⁴ JR 69, 47 ff. (gegen ihn Wilhelm, S. 134 ff.; Koppensteiner/Kramer, S. 47 f.). Ähnlich Putzo, S. 185: Gültigkeitsmängel des Überweisungsauftrags seien für den Empfänger nicht erkennbare Interna des Deckungsverhältnisses, daher wie schlechte Deckungsmängel zu behandeln.

³⁵ AaO, S. 49.

Fehler, der zur Leistung führte, die irrtümliche Annahme einer Anweisung, habe in der Sphäre des „Angewiesenen“ gelegen. Es sei kein Grund vorhanden, weshalb den Empfänger das Fehlen einer Anweisung im Verhältnis des „Anweisenden“ zum „Angewiesenen“ mehr interessieren sollte, als das Fehlen des Deckungsverhältnisses, das nach allgemeiner Meinung auf das Behaltendürfen der an den Empfänger erbrachten Leistung ohne Einfluß sei. Der Empfänger habe regelmäßig nicht leichter Kenntnis vom Vorliegen einer Anweisung als vom Deckungsverhältnis. „Die Interessenlage ist nicht anders als bei einem Fehler im kausalen Deckungsverhältnis“.³⁶

Pfisters Analyse der Interessen des Empfängers ist zuzustimmen. Er verwischt jedoch den Unterschied zwischen dem Mangel des Deckungsverhältnisses und dem Fehlen der Anweisung und vermag daher nicht zu erkennen, daß das Interesse des Empfängers, von Mängeln des Deckungsverhältnisses nicht berührt zu werden, zu schützen ist, während sein Interesse, bei einem Mangel der Anweisung so gestellt zu werden, wie wenn die Anweisung wirksam wäre, grundsätzlich nicht geschützt werden kann. Das Deckungsverhältnis ist für den Empfänger ohne Bedeutung. Es kommt nicht einmal als causa einer Leistung an den Empfänger in Frage, da der Angewiesene im Deckungsverhältnis (direkte) Leistung an den Anweisenden schuldet. Die Anweisung hingegen begründet den Durchgangserwerb des Anweisenden, durch sie wird die an den Empfänger erbrachte Leistung zur Leistung des Anweisenden. Fehlt eine wirksame Anweisung, so liegt eine Zuwendung des „Angewiesenen“ an den Empfänger vor oder die Zuwendung ist unwirksam. Es liegt in der Natur der Sache, daß dies den Empfänger berührt. Soll aber die Anweisungswirkung im Interesse des Empfängers trotz fehlender Anweisung eintreten, so muß für den „Anweisenden“ ein entsprechender Haftungsgrund bestehen. Hat er die Haftung nicht rechtsgeschäftlich übernommen, so kommt nur eine Vertrauenshaftung kraft Rechtsscheins in Frage, wenn der „Anweisende“ zurechenbar den Rechtsschein einer Anweisung gesetzt hat und der Empfänger darauf vertraut und vertrauen darf. Im übrigen trägt der Empfänger das Risiko des Fehlens der Anweisung. In aller Regel freilich entschädigt ihn vermögensmäßig die Haftung des „Angewiesenen“.³⁷ Den Unterschied zwischen einem Mangel des Deckungsverhältnisses und dem Fehlen der Anweisung verdeutlicht am besten der Vergleich mit der Stellvertretung: Er entspricht dem Unterschied zwischen einem Mangel des Innenverhältnisses zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen, also des der Vollmacht zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses, und dem Mangel der Vollmacht selbst.

β) *Der Sphärengedanke*. In einem Aufsatz über die fehlerhafte Banküberweisung vertritt Möschel³⁸ die Auffassung, bei der Gutschrift oder Zahlung der Bank auf eine

³⁶ Pfister aaO.

³⁷ Der Angewiesene haftet dem Empfänger bei Mängeln der Anweisung nach h.M. über § 818 III. Die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung entspricht im Ergebnis einem Anspruch des Empfängers gegen den Angewiesenen auf Ersatz des Vertrauensschadens. Nach der hier vertretenen Auffassung haftet der Angewiesene dem Empfänger analog § 179 (s.u. unter 2k, bb).

³⁸ JuS 72, 297 (300ff.).

wegen Anfechtung, Widerruf oder wegen Geschäftsunfähigkeit des Anweisenden unwirksame Anweisung kondiziere die Bank („Angewiesene“) vom Kunden („Anweisenden“). Das Übersehen der Unwirksamkeit der Anweisung sei eine „vertragsinterne Angelegenheit“ zwischen der Bank und dem Kunden, seine Auswirkungen hätten sich daher auf die „Risikosphäre“ des Giroverhältnisses zu beschränken.³⁹ Diese typische Risikoordnung bestätige den Grundsatz, daß der Empfänger nur mit Mängeln des Valutaverhältnisses zu rechnen brauche.⁴⁰

Bedenklich ist, daß die Sphären der Bank („Angewiesenen“) und des Kunden („Anweisenden“) dem Empfänger gegenüber zu der einheitlichen Risikosphäre des Deckungsverhältnisses zusammengefaßt, dem Kunden also die Irrtümer der Bank zugerechnet werden. Daß der Empfänger grundsätzlich schutzwürdig ist, steht außer Frage; dies geht jedoch nicht so weit, daß ihm alle nachteiligen Rechtsfolgen, die sich nicht aus dem Valutaverhältnis ergeben, erspart werden müßten. Vor allem aber hat, wer den Empfänger durch Annahme der Anweisungswirkung (Durchgangserwerb des Kunden) schützen will, einen entsprechenden Haftungsgrund in der Person des Kunden („Anweisenden“) nachzuweisen. Die Begründung des Giroverhältnisses oder die ursprüngliche Erteilung der angefochtenen oder widerrufenen Anweisung genügen dazu nicht. Dies zeigt der Vergleich der Bankanweisung mit dem rechtsähnlichen Fall der Innenvollmacht:⁴¹ Handelt der Vertreter in der irrtümlichen Annahme, eine wegen Anfechtung, Widerrufs oder wegen Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers unwirksame Vollmacht bestehe, so kommt gleichwohl dem Vertretergeschäft keine Wirkung gegenüber dem Vertretenen zu. Das Interesse des Geschäftsgegners wird insoweit nicht geschützt. Dieser wird in der Regel durch die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht nach § 179 entschädigt. Der Sphärengedanke ist nur als Element eines rechtsgeschäftlichen Tatbestands oder eines Tatbestands der Rechtsscheinhaftung sinnvoll, die eine Haftung des „Anweisenden“ begründen können, *nicht* als bloßer Topos.

γ) *Das Veranlassungsprinzip.* Köndgen geht in seinem Beitrag in der Festgabe für Esser⁴² beim Fehlen einer wirksamen Anweisung grundsätzlich vom Kondiktionsdurchgriff des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger aus, sieht jedoch eine besondere Lösung für die Fälle der Anfechtung und des Widerrufs der Giroüberweisung vor. Es kennzeichne sie, daß der Anweisende die Wirkungen einer zurechenbar erklärten Anweisung nachträglich wieder zu beseitigen suche. Zu beseitigen sei

³⁹ Auf den Sphärengedanken stellen auch ab: BGH 61, 289 (294); Ulmer AcP 126 (1926), 163 f., 165; v. Caemmerer JZ 62, 387; Schwark WM 70, 1335 f.; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 70.

⁴⁰ AaO, S. 301.

⁴¹ Eine Besonderheit der irrtümlich ausgeführten Bankanweisung liegt allerdings darin, daß die Bank dem Empfänger bei der Leistung eine Durchschrift des vom Kunden unterzeichneten Überweisungsformulars übergibt. Dazu s. u. 2c.

⁴² AaO, S. 69 f. im Anschluß an BGH 61, 289; zust. Pinger AcP 179 (1979), 317. Auf das Veranlassungsprinzip stellen auch ab: Medicus Rn. 677; Hagemann-Lauterbach, S. 43 f.; Putzo, S. 162, 186 (gegen ihn U. Meyer, S. 65 f.). *Kritisch:* Wilhelm AcP 175 (1975), 304. *Ablehnend:* U. Meyer, S. 62 ff.

jedoch allein die in der Anweisung liegende Willenserklärung, nicht dagegen die gleichfalls enthaltene „Veranlassung der Vermögensverschiebung“. Das Risiko der Unumkehrbarkeit der Vermögensverschiebung bei nachträglichem Wegfall des Leistungswillens treffe den Leistenden, also den Anweisenden. Mit der Erteilung der Anweisung sei der Leistungsakt perfekt, die anschließende Vermögensverschiebung vom Anweisenden nicht mehr beherrschbar. In dem vom Anweisenden zurechenbar veranlaßten Gang der Dinge vorkommende Fehler gingen zu seinen Lasten. Anders sei es nur, wenn bei indirekter Anweisung (z. B. Scheck) dem Empfänger der Widerruf ebenfalls mitgeteilt werde. Der Aussteller habe dann seinen Veranlassungsbeitrag gegenüber der bezogenen Bank und gegenüber dem Scheckinhaber ausgeräumt. Letzterer könne daher nicht mehr davon ausgehen, er empfangen eine Leistung des Ausstellers. Daher sei in diesen Fällen keine Leistung des „Anweisenden“ an den Empfänger anzunehmen, vielmehr sei der Empfänger „in sonstiger Weise“ auf Kosten der Bank („Angewiesenen“) bereichert.

Auch nach E.-L. Putzo⁴³ ist auf die Veranlassung der Leistung des „Angewiesenen“ durch den „Anweisenden“ abzustellen. Die auf natürlichem Willen beruhende Veranlassung sei ein in allen Rechtsgebieten anerkanntes Kriterium der Risikoverteilung.⁴⁴ Im Bereicherungsrecht, das einen gerechten und billigen Ausgleich von Erwerben anstrebe, die nach der Rechtsordnung zwar wirksam seien, mit den Anforderungen materieller Gerechtigkeit jedoch nicht im Einklang stünden, komme dem Gedanken rechtsgeschäftlicher Zurechnung geringere Bedeutung zu. Nur wo es an „schlichter Veranlassung“ fehle, sei sozusagen hilfsweise auf rechtsgeschäftliche Zurechnungsmaßstäbe abzustellen.⁴⁵

Daß die Leistung des „Angewiesenen“ trotz fehlender Anweisung vom „Anweisenden“ *veranlaßt* wurde, ist keine Besonderheit der Fälle des Widerrufs oder der Anfechtung der Anweisung. Es gilt auch von den Fällen der Überzahlung, der Doppelleistung und der Leistung an einen falschen Adressaten,⁴⁶ in denen eine Anweisungswirkung zu Recht allgemein abgelehnt wird.⁴⁷ Auch ist bei der Mitteilung des Widerrufs der indirekten Anweisung an den Empfänger, wenn der „Angewiesene“ trotz des Widerrufs leistet, nicht – wie Köndgen meint – der Veranlassungsbeitrag des „Anweisenden“ aufgehoben. Daß der in diesen Fällen bösgläubige Empfänger nicht geschützt wird, bedeutet eine Einschränkung der Haftung des „Anweisenden“ *trotz* Veranlassung der Leistung. Die Veranlassung der Leistung des „Angewiesenen“ durch den „Anweisenden“ ist bei Köndgen nur ein Gesichtspunkt unter anderen, deren freie Abwägung eine Lösung plausibel machen soll. Dieses topische Verfahren wäre allenfalls zulässig, wenn eine Füllung der vorliegenden Gesetzeslücke mit den anerkannten Methoden unmöglich wäre. Im übrigen ist das Veranlassungsprinzip ein sehr schwacher Zurechnungsgrund, wenn es nicht den

⁴³ AaO.

⁴⁴ S. 186.

⁴⁵ AaO.

⁴⁶ So zutreffend Wilhelm AcP 175 (1975), 348f. gegen BGH 61, 289 (294).

⁴⁷ S. o. bei N. 21, 22.

Verzicht auf jede Zurechnung bedeutet.⁴⁸ Es genügt weder für die Zurechnung einer Erklärung zur Begründung rechtsgeschäftlicher noch für die Zurechnung eines Rechtsscheinstatbestandes⁴⁹ als Grundlage der Vertrauenshaftung. Die Haftung des „Anweisenden“ kann aber nur rechtsgeschäftlicher oder vertrauensrechtlicher Natur sein. Dies gilt für die Leistungskondition ebendeshalb, weil sie auf einer Leistung beruht. Die Parteien regeln die Verteilung der Kondiktionsrisiken durch die Leistung. Daher entscheidet die Zurechnung oder Nichtzurechnung der Leistung an den „Anweisenden“ über die Risikoverteilung. Die von den Parteien autonom gesetzte Risikoordnung hat den Vorrang gegenüber einer objektiven Risikoverteilung nach dem Veranlassungsprinzip und anderen Gesichtspunkten.

δ) *Das institutionelle Argument.* Nach einer verbreiteten Ansicht⁵⁰ würde der Anweisungsverkehr erheblich gestört, wenn die Wirkung der Zahlung des „Angewiesenen“ vom tatsächlichen Bestehen der Anweisung abhinge. Sollte der Empfänger das Risiko eines Mangels der Anweisung tragen, so werde er sich auf eine mittelbare Leistung des „Anweisenden“ nicht einlassen. Dadurch sei das institutionelle Interesse der Allgemeinheit am ungehinderten Ablauf des bargeldlosen Zahlungsverkehrs gefährdet.

Demgegenüber ist zu bedenken, daß im Rahmen des Anweisungsverkehrs der „Anweisende“ ebenso schutzwürdig ist wie der Empfänger.⁵¹ Es würde der Institution des bargeldlosen Zahlungsverkehrs mehr schaden, wenn dem Bankkunden („Anweisenden“) Zahlungen, die er nicht angewiesen hat, zugerechnet würden. Im übrigen ist der Empfänger in der Regel durch eine Haftung der Bank („Angewiesenen“) gesichert.⁵² Hinzu kommt, daß Mängel der Anweisung erfahrungsgemäß selten auftreten, so daß vernünftigerweise niemand seine Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr von der Regelung der Mangelfälle abhängig machen wird, zumal ihm der Vertrauensschaden (das negative Interesse) in jedem Fall zu ersetzen ist. Die befürchteten Störungen des Überweisungsverkehrs sind denn auch bisher ausgeblieben, obwohl Rechtsprechung und Lehre sich von jeher bei Mängeln der Anweisung, von wenigen Ausnahmen abgesehen, für eine Durchgriffskondition der Bank („Angewiesenen“) gegen den Empfänger ausgesprochen haben.⁵³ Entscheidend aber spricht gegen dieses Argument, daß es das Wesen der Anweisung und deshalb des Anweisungsmangels verkennt. Die Anweisung ist eine der Vollmacht ähnliche doppelte Ermächtigung zur Zuwendung mit Fremdwirkung gegenüber dem Ermächti-

⁴⁸ Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 469f., 474 (m. Nachw.). Putzo aaO bringt das Veranlassungsprinzip als Kriterium der Risikoverteilung in Gegensatz zum Gedanken der (rechtsgeschäftlichen) Zurechnung.

⁴⁹ Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 473 ff.

⁵⁰ BGH 61, 289 (294); Pfister JR 69, 49; Möschel JuS 72, 300; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 70. *Einschränkend:* BGH 66, 362 (366f.); 66, 372 (376).

⁵¹ Vgl. BGH 66, 362 (366); 66, 372 (376).

⁵² S. o. N. 37.

⁵³ Vgl. die Nachweise in N. 22ff.

genden („Anweisenden“).⁵⁴ Niemand ist bislang auf den Gedanken gekommen, trotz eines Mangels der Vollmacht eine Geschäftswirkung gegenüber dem Vertretenen anzunehmen, um die Institution der Stellvertretung zu retten.

ε) *Die allgemeinen Grundsätze der Vertrauenshaftung.* Eine verbreitete Ansicht⁵⁵ geht bei Mängeln der Anweisung grundsätzlich von einer Durchgriffskondiktion des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger aus, will jedoch den Empfänger in seinem Vertrauen schützen, wenn ihm der „Anweisende“ die Leistung wirklich schuldet, der Empfänger also eine Leistung des „Anweisenden“ annehmen mußte und daraufhin im Valutaverhältnis gegenleistete oder Sicherheiten aufgab. Der „Angewiesene“ müsse dann den von ihm erzeugten Anschein einer Leistung des „Anweisenden“ gegen sich gelten lassen, d. h. die Kondiktion gegen den Empfänger sei ihm zu versagen. Soweit der „Anweisende“ im Valutaverhältnis befreit sei, habe der „Angewiesene“ eine Rückgriffskondiktion gegen ihn.

Der dem Empfänger gewährte Vertrauensschutz besteht darin, daß die Anweisung im Verhältnis des „Anweisenden“ zum Empfänger als wirksam angesehen, eine Erfüllung der Valutaschuld durch Leistung des „Anweisenden“ angenommen wird. Im Verhältnis des „Angewiesenen“ zum „Anweisenden“ hingegen wird offenbar eine Leistung des „Angewiesenen“ an den Empfänger vorausgesetzt, durch die die Pflicht des „Angewiesenen“ aus dem Deckungsverhältnis zur (direkten) Leistung an den „Anweisenden“ nicht erfüllt wird. Dies ist konsequent, denn zum Vertrauensschutz für den Empfänger genügt es, wenn die Anweisungswirkung nur im Verhältnis des *Empfängers* zum „Anweisenden“ (und zum „Angewiesenen“) eintritt.⁵⁶ Der Anschein einer wirksamen Anweisung beruht in den fraglichen Fällen einerseits auf dem Handeln des „Angewiesenen“ „für Rechnung“ des „Anweisenden“, zum anderen, wie *Larenz*⁵⁷ hervorhebt, auf der inhaltlichen Übereinstimmung der Leistung mit dem Valutaverhältnis. Diese Übereinstimmung ist jedoch kein tauglicher Rechtsscheinstatbestand. Jeder kann, etwa als Eigenleistung nach § 267, mit Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis das vom „Anweisenden“ Geschuldete an den Empfänger leisten. Allein aus dem Leistungsinhalt und der Tilgungsbestimmung kann also nicht auf eine mittelbare Leistung des Valutaschuldners („Anweisenden“) geschlossen werden (Mangel der Konkludenz). In dem Handeln des „Angewiesenen“ „für Rechnung“ des „Anweisenden“ dagegen liegt tatsächlich die Behauptung einer wirksamen Anweisung.⁵⁸ Es ist also der „Angewiese-

⁵⁴ S. o. § 3 I 1, III 2.

⁵⁵ RG WarnRspr 1911 Nr. 114; RG Recht 22 Nr. 1555; RG JW 32, 735 (738f.); OLG Hamburg Seuffa 76 Nr. 143; LG Bielefeld WM 70, 1072; Larenz SchR II, 10. Aufl., § 68 III c 2, S. 415f. (aufgegeben seit der 11. Aufl.); Ulmer AcP 126 (1926), 163. *Dagegen:* AG Neuss MDR 77, 755; v. Caemmerer JZ 62, 387; Lorenz AcP 168 (1968), 302 und JuS 68, 447; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 824f.

⁵⁶ Dazu s. u. 2b.

⁵⁷ AaO.

⁵⁸ Dazu s. u. 2j, bb.

ne“, der einen Rechtsscheinstatbestand setzt. Eben darauf stützt *Larenz*⁵⁹ seine Lehre, denn er will eine Vertrauenshaftung des „Angewiesenen“ begründen, ihm die Berufung auf den Anweisungsmangel versagen. Soll die Rechtsfolge der Vertrauenshaftung jedoch, wie *Larenz* betont, in der Geltung der Anweisungswirkung im Verhältnis des Empfängers zum „Anweisenden“ bestehen, so handelt es sich zugleich um eine Haftung des „Anweisenden“. Daß die Durchgriffskondition des „Angewiesenen“ entfällt, ist nur die gesetzliche Konsequenz (§ 812 I 1, 1. Alt.) daraus, daß zum Schutz des Empfängers eine Leistung des „Anweisenden“ an ihn angenommen wird. Eine Vertrauenshaftung des „Anweisenden“ wäre freilich nur begründet, wenn in der Anweisungsbehauptung des „Angewiesenen“ ein dem „Anweisenden“ zurechenbarer Rechtsscheinstatbestand läge. Dies ist nicht der Fall. Bei Erteilung der Anweisung durch einen vollmachtslosen Vertreter, bei Fälschung oder bei „völligem Fehlen“ der Anweisung mangelt es schon an einer kausalen Handlung des „Anweisenden“. Bei der irrtümlichen Leistung des „Angewiesenen“ trotz Widerrufs oder Anfechtung der Anweisung könnte man dem „Anweisenden“ die (von ihm veranlaßte) Anweisungsleistung nur zurechnen, wenn das Handeln des „Angewiesenen“ der Risikosphäre des „Anweisenden“ angehörte.⁶⁰ Dies könnte nur darauf beruhen, daß der „Anweisende“ den „Angewiesenen“ in zurechenbarer Weise zum Leistungsmittler bestellt hätte. Das ist nicht geschehen. Eine Rechtsscheinshaftung des „Anweisenden“ könnte demnach nur auf einen von ihm selbst gesetzten Tatbestand gegründet werden.⁶¹ Ein solcher ist nicht ersichtlich. Bei Geschäftsunfähigkeit des „Anweisenden“ wäre zudem die Zurechnung des entstandenen Rechtsscheins analog §§ 104 ff. ausgeschlossen.⁶² Es bleibt die Frage der *Rechtsfolge* der Vertrauenshaftung: Die Vertreter der hier erörterten Ansicht begründen nicht, warum der Empfänger sich nicht mit dem Ausgleich der durch die Vertrauensinvestition erlittenen Einbuße, also dem Einwand der Entreicherung (§ 818 III) gegen eine Kondition des „Angewiesenen“ oder einem Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses zu begnügen braucht. Die Begründung für einen „positiven Vertrauensschutz“, für die Behandlung des Empfängers, wie wenn die Anweisung wirksam wäre, könnte nur in der besonderen Qualität des Rechtsscheinstatbestands und einem starken Zurechnungsgrund liegen.⁶³

ζ) *Die optimale Risikoverteilung.* Nach *Möschel*⁶⁴ sind für den Fall einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung der Anweisungsleistung Konditionsgläubiger und Konditionsschuldner so zu bestimmen, daß das Risiko von Einreden und Aufrechnungsmöglichkeiten (Gegenrechtsrisiko) und das Risiko der Insolvenz des Schuldners richtig verteilt werden. Bei gegenseitiger Kondition der Partner des

⁵⁹ AaO.

⁶⁰ Zum Risikoprinzip vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 479 ff.

⁶¹ Dazu s. u. 2 b–i.

⁶² Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 452 f.

⁶³ Dazu s. u. 2 b–e.

⁶⁴ JuS 72, 300.

Deckungsverhältnisses und Valutaverhältnisses sei eine „optimale Risikoverteilung“ erreicht; daher sei – und darin geht Möschel über die h. M. hinaus – *auch bei einem Mangel der Anweisung* grundsätzlich innerhalb der Kausalverhältnisse abzuwickeln. Die Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse bei fehlender Anweisung entspricht dem Interesse des „Angewiesenen“ und des Empfängers. Daß jedoch der „Anweisende“ aufgrund der ihm nicht zurechenbaren Leistung einer Kondiktion des „Angewiesenen“ ausgesetzt werden und seinerseits vom Empfänger kondizieren soll, verstößt gegen *sein* Interesse. Findet die Abwicklung zwischen dem „Angewiesenen“ und dem Empfänger statt (Durchgriff), so trägt der „Anweisende“ weder die Durchsetzungsrisiken des Kondiktionsgläubigers noch die Verteidigungsrisiken des Kondiktionsschuldners. Bewertet man daher die Abwicklung unter Einbeziehung des „Anweisenden“ bei fehlender Anweisung als „optimal“, so sieht man das Optimum offenbar in einer möglichst gleichmäßigen Verteilung der Risiken unter den an dem Dreipersonenverhältnis Beteiligten, sozusagen in einer Sozialisierung der Risiken. Die rein objektiv-rechtliche Verteilung der Risiken und Bestimmung der *Leistungskondiktion* ohne Rücksicht auf das Leistungsverhalten der Parteien ist abzulehnen. Nach § 812 I 1, 1. Alt. kondiziert der Leistende vom Leistungsempfänger. Bei fehlender Anweisung hat der „Anweisende“ weder eine (mittelbare) Leistung des „Angewiesenen“ empfangen noch eine (mittelbare) Leistung an den Empfänger erbracht. Er kann daher weder Kondiktionsgläubiger des Empfängers noch Kondiktionsschuldner des „Angewiesenen“ sein. Anders gesagt: Die Risiken des Kondiktionsgläubigers werden durch die Leistung, die Risiken des Kondiktionsschuldners durch den Leistungsempfang übernommen. Der „Anweisende“ hat, wenn es an einer wirksamen Anweisung fehlt, diese Risiken nicht übernommen und trägt sie *deshalb* nicht. Umgekehrt haben der „Angewiesene“ und der Empfänger mit der Anweisungsleistung die Möglichkeit eines Mangels der Anweisung, des Ausbleibens der Leistungswirkung gegenüber dem „Anweisenden“ und die damit verbundenen Kondiktionsrisiken in Kauf genommen. In ihrem Innenverhältnis trägt grundsätzlich der „Angewiesene“ das Risiko.⁶⁵

bb) Argumente gegen einen positiven Vertrauensschutz

α) *Die Anweisungswirkung als Geschäftsgrundlage oder causa der Zuwendung.* Die Kondiktion des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger bei Mängeln der Anweisung wird gelegentlich⁶⁶ damit begründet, daß die Wirksamkeit der Anweisung *Geschäftsgrundlage* der Zuwendung des „Angewiesenen“ sei. Nach Ansicht von Möschel⁶⁷ ist damit jedoch nicht die Geschäftsgrundlage im technischen Sinn ge-

⁶⁵ S. u. 2j, bb.

⁶⁶ Vgl. Ulmer AcP 126 (1926), 165; Wilburg, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 114; v. Caemmerer JZ 62, 387. Vgl. dazu Canaris BB 72, 777; ders. Festschr. f. Larenz, S. 809 und in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 218; H. P. Westermann, S. 196; Kupisch, S. 78/79; Lorenz JuS 68, 447 N. 43; Möschel JuS 72, 301. Ohne Stellungnahme: BGH 50, 227 (229).

⁶⁷ JuS 72, 301; vgl. auch Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 821 N. 62; U. Meyer, S. 58.

meint. Vielmehr sei der Hinweis auf die Gültigkeit der Anweisung als Geschäftsgrundlage der Zuwendung an den Empfänger nur „ein Kürzel für eine spezifische Risikoverteilung zwischen den Beteiligten“, aus der sich die Kondiktion des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger bei fehlender Anweisung ergebe. *Ulmer, Wilburg* und *v. Caemmerer*⁶⁸ haben indessen nicht gesagt, das Vorliegen der Anweisung sei „sozusagen“ Geschäftsgrundlage⁶⁹ oder sei „Grundlage“ (in Anführungszeichen) der Rechtsstellung des „Angewiesenen“ und des Empfängers,⁷⁰ sondern sie beriefen sich – ohne allerdings ins einzelne zu gehen – auf die anerkannte Lehre von der Geschäftsgrundlage.⁷¹

Eingewendet wird dagegen einerseits, der *Tatbestand* des Fehlens der subjektiven oder objektiven Geschäftsgrundlage sei nicht gegeben; zum anderen wird zu prüfen sein, ob sich aus dem Fehlen der Geschäftsgrundlage der Zuwendung des „Angewiesenen“ – dieses unterstellt – die *Rechtsfolge* einer Kondiktion des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger ergibt. Nach *Canaris*⁷² fehlt es an einem beiderseitigen Motivirrtum im Sinne der Lehre von der *subjektiven* Geschäftsgrundlage⁷³ häufig deshalb, weil sich der Empfänger und erst recht die an der Kettenüberweisung beteiligten Banken im Giroverkehr⁷⁴ insoweit keine Gedanken machen, keine positive Vorstellung haben. Nichtwissen sei aber – wie allgemein anerkannt⁷⁵ – dem Irrtum nicht gleichzustellen. Der „Angewiesene“, der Empfänger und auch die Zwischenbanken bei Ausführung der Anweisung oder Entgegennahme der Anweisungsleistung sind jedoch in aller Regel davon überzeugt, die Anweisung „gehe in Ordnung“. Daß sich die Beteiligten über diesen Punkt keine Gedanken machen, ist höchst unwahrscheinlich. Niemand führt vernünftigerweise eine Anweisung aus, die er für unwirksam hält. Dem Empfänger auf der anderen Seite ist bewußt, daß der „Angewiesene“ ihm die Zuwendung „für Rechnung“ des „Anweisenden“, also aufgrund der Annahme einer wirksamen Anweisung macht. Daher besteht ein gemeinsamer Irrtum über die Wirksamkeit der Anweisung. Mag dieser auch nicht tatsächliches Motiv des Empfängers für die Entgegennahme der Zuwendung gewesen sein, so ist die Wirksamkeit der Anweisung doch auch für den Empfänger subjektive Geschäftsgrundlage, da er die Anweisungsleistung, hätte er das Fehlen der Anweisung gekannt, redlicherweise nicht hätte annehmen dürfen.⁷⁶ Zu denken ist auch an einen Mangel der *objektiven* Geschäftsgrundlage, d.h. das Fehlen eines Umstandes, auf dem Sinn, Zweck oder Gegenstand eines Vertrages beruhen.⁷⁷ Der Fall der fehlenden Anweisung kann mit dem der Zweckvereitelung verglichen wer-

⁶⁸ Jeweils aaO.

⁶⁹ So Möschel aaO.

⁷⁰ So Canaris aaO.

⁷¹ Davon geht auch Canaris BB 72, 777 aus.

⁷² BB 72, 777.

⁷³ Vgl. Larenz SchR I § 21 II (S. 263); ders. AT § 20 III (S. 347).

⁷⁴ Canaris aaO; Möschel JuS 72, 301.

⁷⁵ Vgl. KG JR 63, 21; Larenz SchR I § 21 II (S. 264); ders. AT § 20 III (S. 345).

⁷⁶ Vgl. Larenz AT § 20 III (S. 345).

⁷⁷ Larenz SchR I § 21 II (S. 265).

den, da die Leistung des „Angewiesenen“ bei fehlender Anweisung nicht als Simultanleistung, d. h. als Leistung des „Angewiesenen“ an den „Anweisenden“ im Deckungsverhältnis und des „Anweisenden“ an den Empfänger im Valutaverhältnis wirkt, das Ziel der Zuwendung, die im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis Erfüllung wirken soll, also verfehlt wird. Der Empfänger will nicht eine Zuwendung des „Angewiesenen“ mit Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis empfangen, sondern eine Zuwendung des „Anweisenden“, bei mangelhaftem Valutaverhältnis nicht Konditionsschuldner des „Angewiesenen“, sondern des „Anweisenden“ sein. Der „Angewiesene“ will nicht dem Empfänger zuwenden, sondern dem „Anweisenden“, an den er nach dem Deckungsverhältnis zu leisten verpflichtet ist. So erscheint das Eintreten der Anweisungswirkung als objektiver Zweck der Zuwendung des „Angewiesenen“, ihr Ausbleiben als Zweckvereitelung. Trotzdem ist der Fall des Fehlens der Geschäftsgrundlage *nicht* gegeben, wenn das Risiko der Unrichtigkeit der gemeinsamen Vorstellung über die Wirksamkeit der Anweisung oder das Risiko des objektiven Ausbleibens der Anweisungswirkung nach dem Sinn des Zuwendungsverhältnisses zwischen dem „Angewiesenen“ und dem Empfänger nur *einen* von ihnen treffen soll.⁷⁸ Eine rechtsgeschäftliche Risikoübernahme liegt nicht vor. Daher stellt man darauf ab, in wessen „Sphäre“ „der Fehler“ liegt, der zu der Zuwendung trotz fehlender Anweisung geführt hat,⁷⁹ und schiebt das Risiko dem „Angewiesenen“ zu. Es mag auf sich beruhen, was hier „Fehler“ bedeutet und wie die Risikosphären abzugrenzen sind. An dieser Stelle⁸⁰ genügt die Feststellung, daß in vielen Fällen das Risiko des Anweisungsmangels eindeutig dem „Angewiesenen“ oder dem Empfänger zugerechnet werden kann. Hat etwa der „Angewiesene“ trotz wirksamen Widerrufs der ihm gegenüber erklärten Anweisung an den Empfänger, der den Widerruf weder kannte noch „kennen mußte“ (§ 122 II), geleistet, so hat allein der „Angewiesene“ einen „Fehler“ begangen. Umgekehrt trifft allein den Empfänger der Vorwurf eines „Fehlers“, wenn er eine von einem Geschäftsunfähigen an ihn begebene Anweisungsurkunde trotz Kenntnis von ihrer Unwirksamkeit dem „Angewiesenen“ vorlegt und dieser daraufhin leistet. In diesen und ähnlichen Fällen ist die Wirksamkeit der Anweisung, da das Risiko eines Mangels den „Angewiesenen“ und den Empfänger nicht gleichmäßig trifft, nicht Geschäftsgrundlage der Zuwendung des „Angewiesenen“. Die Lehre von der Geschäftsgrundlage ist daher, da sie nicht für *alle* Fälle eines Mangels der Anweisung eine Lösung bietet, insgesamt unbrauchbar.

Die Geschäftsgrundlagenlehre kann zudem, von ihrem Tatbestand abgesehen, die *Rechtsfolge* einer Kondiktion des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger nicht begründen. Eine Kondiktion könnte als unmittelbare Folge des Fehlens der Geschäftsgrundlage nur eintreten, wenn bei Fehlen der Geschäftsgrundlage der Zuwendung des „Angewiesenen“ der Tatbestand des § 812 I erfüllt wäre. Dies würde bedeuten, daß die Wirksamkeit der Anweisung oder besser: das Eintreten der Anweisungswir-

⁷⁸ Vgl. Larenz AT § 20 III (S. 347).

⁷⁹ Canaris BB 72, 777 und Festschr. f. Larenz, S. 809; vgl. auch Lorenz JuS 68, 447.

⁸⁰ Siehe jedoch unten 2.

kung als Geschäftsgrundlage der Zuwendung zugleich *causa* der Leistung des „Angewiesenen“ ist. Auch dies ist vertreten worden.⁸¹ Das Fehlen einer wirksamen Anweisung müßte dann *kraft Gesetzes* (§ 812 I) zur Kondiktion der Zuwendung führen; die Lehre von der Geschäftsgrundlage wäre damit entbehrlich. Doch auch die *causa*-Lehre läßt sich nicht halten. Sie sucht eine dogmatische Begründung dafür, daß bei Mängeln der Anweisung der „Angewiesene“ die Leistung vom Empfänger kondiziert, während eine solche Kondiktion des Angewiesenen bei wirksamer Anweisung ausgeschlossen ist. Dabei geht sie zu Recht davon aus, daß der Empfänger die Leistung *aufgrund* des Fehlens der Anweisung herausgeben muß, wie er sie *aufgrund* der Wirksamkeit der Anweisung behalten darf. Gibt aber – so folgert sie weiter – die Anweisungswirkung dem Empfänger die Möglichkeit, die Kondiktion des Angewiesenen abzuwehren, und führt das Ausbleiben der Anweisungswirkung zur Kondiktion, so besteht diese Wirkung in einem Recht des Empfängers zum Behalten der Leistung (*causa*). Dieser Schluß ist jedoch nicht zwingend. Bei einem Mangel der Anweisung kommt nicht die von den Parteien erstrebte Simultanleistung des „Angewiesenen“ an den „Anweisenden“, des „Anweisenden“ an den Empfänger zustande, sondern es bleibt bei der Zuwendung des „Angewiesenen“ an den Empfänger.⁸² Durch sie kann weder die Leistungspflicht des „Angewiesenen“ gegenüber dem „Anweisenden“ im Deckungsverhältnis noch die Leistungspflicht des „Anweisenden“ gegenüber dem Empfänger im Valutaverhältnis erfüllt werden. Selbst wenn man eine wirksame Tilgungsbestimmung des „Angewiesenen“ auf das Deckungsverhältnis annimmt, schuldet er (direkte) Leistung an den „Anweisenden“, hat also mit der Zuwendung an den Empfänger nicht die geschuldete Leistung erbracht. Auf das Valutaverhältnis hat der „Angewiesene“ keine Tilgungsbestimmung getroffen, die Tilgungsbestimmung des „Anweisenden“ ist mit der Anweisung unwirksam. So ist das Fehlen der Anweisung ursächlich dafür, daß weder im Deckungs- noch im Valutaverhältnis Erfüllung eintreten kann, die Zuwendung des „Angewiesenen“ also ohne Rechtsgrund erfolgt, doch ist die Wirksamkeit der Anweisung oder die Anweisungswirkung *nicht selbst Rechtsgrund* der Zuwendung. Das Verständnis der Anweisungswirkung als Recht des Empfängers zum Behalten des Leistungsgegenstandes vermag überdies die Kondiktionen des Angewiesenen gegen den Anweisenden, des Anweisenden gegen den Empfänger bei wirksamer Anweisung und Mängeln des Deckungsverhältnisses und/oder Valutaverhältnisses nicht zu begründen. An ihnen zeigt sich, daß die Anweisung den Leistenden und den Leistungsempfänger und damit die Parteien der Kondiktion bestimmt, die Frage der Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbs dagegen nicht unmittelbar berührt. Der Mangel der Anweisung bedeutet zunächst, daß es bei der Zuwendung des „Angewiesenen“ an den Empfänger bleibt. Die Auswirkungen auf das Eintreten der Erfüllung in den Kausalverhältnissen sind sekundär. Nur die Erfüllung der Leistungspflichten

⁸¹ v. Lübtow, Beiträge, S. 30f. (32); Meyer-Cording, S. 51; ähnlich Heimann-Trosien JR 74, 287 und in RGRK (Heimann-Trosien)¹² § 812 Rn. 27 (gegen ihn U. Meyer, S. 98).

⁸² So die h. M., von der hier zunächst ausgegangen wird. Zur eigenen Ansicht s. u. 2j, bb.

des Angewiesenen im Deckungsverhältnis, des Anweisenden im Valutaverhältnis ist causa der Zuwendung im technischen Sinn. Die Wirksamkeit der Anweisung ist keine zusätzliche causa der Anweisungsleistung. Diese Konzeption ist daher abzulehnen. Sie führt schon im Bereicherungsrecht zu unannehmbaren Ergebnissen und ist wegen ihres Ansatzes bei der causa zur Lösung anderer Leistungsprobleme im Dreipersonenverhältnis von vornherein untauglich.

In der Frage des Vertrauensschutzes für den Empfänger wären die causa-Lehre und die Lehre von der Geschäftsgrundlage eine treffliche Stütze der h.M.: Indem diese annimmt, § 818 III schütze das Vertrauen des Empfängers auf die Wirksamkeit der Anweisung, setzt sie voraus, es gehe dabei um nichts anderes als den Schutz des Vertrauens auf das Bestehen einer causa der Zuwendung. Nur dieses Vertrauen schützt § 818 III. Der Empfänger vertraut jedoch nicht nur auf das Eintreten der Erfüllung im Valutaverhältnis, sondern auch darauf, daß seine Forderung durch eine Leistung des *Anweisenden* erfüllt wird. § 818 III genügt als Vertrauensschutz für den Empfänger bei *wirksamer* Anweisung im Falle eines Mangels des Valutaverhältnisses. Dann wird allein das Vertrauen des Empfängers auf das Bestehen einer causa enttäuscht, nur dieses Vertrauen ist zu schützen. Wer bei einem Mangel der Anweisung eine Durchgriffskondition des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger annimmt, schützt über § 818 III das Vertrauen des Empfängers auf das Bestehen einer causa, sein Vertrauen auf eine Abwicklung der Leistung im Verhältnis zum „Anweisenden“ jedoch in keiner Weise.⁸³

β) *Die Anweisung als Interessenverzicht.* Canaris⁸⁴ erörtert als Alternative zur Durchgriffskondition des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger bei fehlender Anweisung das Eintreten der Erfüllung im Valutaverhältnis und eine „Rückgriffskondition“ des „Angewiesenen“ gegen den „Anweisenden“. Durch diese könne sich die Rechtsstellung des „Anweisenden“ erheblich verschlechtern. Selbst wenn man dem „Anweisenden“ gegenüber der Kondition des „Angewiesenen“ analog §§ 404, 406 dieselben Einwendungen und Aufrechnungsmöglichkeiten gebe, die ihm gegenüber dem Empfänger im Valutaverhältnis zustanden, bleibe doch die Gefahr, daß der „Angewiesene“ aufgrund seiner Kondition gegen eine Forderung des „Anweisenden“ aus dem Deckungsverhältnis oder einem anderen Schuldgrund ein Zurückbehaltungsrecht geltend mache. Dies brauche der „Anweisende“ wegen des Zurechnungsmangels nicht hinzunehmen. Daher sei der Durchgriffskondition des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger der Vorzug zu geben, die die Rechtsstellung des „Anweisenden“ unberührt lasse. Ein etwaiges Interesse des „Anweisenden“ (oder seines gesetzlichen Vertreters) am Eintreten der Anweisungswirkung sei durch die Möglichkeit einer Genehmigung der „Anweisungsleistung“ gewahrt.⁸⁵

⁸³ Dazu s. u. § und 2b-i.

⁸⁴ Festschr. f. Larenz, S. 824f.; vgl. auch BB 72, 779f. Der Gedanke, daß bei Mängeln der Anweisung kein zurechenbarer Interessenverzicht des „Anweisenden“ vorliegt, findet sich auch bei Wilhelm AcP 175 (1975), 304ff. (311ff.); Rechtsverletzung, S. 133f.; JuS 73, 4f.

⁸⁵ Festschr. f. Larenz, S. 822. Dazu s. u. 2j, aa.

Dem ist darin zuzustimmen, daß durch die Abwicklung der Zuwendung des „Angewiesenen“ an den Empfänger bei einem Mangel der Anweisung die Rechtsstellung des „Anweisenden“ nicht verändert, umso weniger verschlechtert werden darf, soweit ihm die Grundlagen einer solchen Rechtsänderung nicht zurechenbar sind. Freilich ist dabei nicht nur an die Zurechnung der Anweisung als Rechtsgeschäft, sondern ebenso an die Zurechnung des Rechtsscheins einer bestehenden Anweisung zu denken. Im übrigen erfordert das Interesse des „Anweisenden“ nicht die Durchgriffskondition, es genügt vielmehr *jede* Abwicklung, die sich auf das Verhältnis des „Angewiesenen“ zum Empfänger beschränkt.⁸⁶

γ) *Die mangelnde Schutzwürdigkeit des Empfängers.* Canaris⁸⁷ macht geltend, der Vertrauensschutz für den Empfänger durch Versagung des Durchgriffs sei abstrakt und generell in dem Sinne, daß er von konkreten Vertrauensinvestitionen und deren Ausmaß gänzlich unabhängig sei. Der Empfänger werde durch das Durchgriffsverbot z.B. auch dann geschützt, wenn er vorgeleistet hatte und auch sonst keine Sicherheit besaß, und er könne damit das Konkursrisiko hinsichtlich des „Anweisenden“ auf den „Angewiesenen“ abwälzen. Dies sei nicht gerechtfertigt, da weder der „Anweisende“ noch der „Angewiesene“ an ihn zurechenbar geleistet und ihm das eingegangene Risiko abgenommen hätten. Auch in den oben⁸⁸ genannten Fällen, in denen der Empfänger erst leistet oder Sicherheiten freigibt, als er glaubt, die Gegenleistung des Anweisenden erhalten zu haben, sei die Lösung über § 818 III sachgerechter. Die Leistung des Empfängers oder die aufgegebene Sicherheit brauche keineswegs den Wert der Zuwendung des „Angewiesenen“ zu erreichen. Daher führe das Durchgriffsverbot zu einem über § 818 III hinausgehenden Vertrauensschutz, der einer besonderen Begründung bedürfe. Da solche Gründe nicht bestünden, sei bei Mängeln der Anweisung dem Empfänger nur der „konkrete“, nach seiner Vertrauensinvestition bemessene Vertrauensschutz zu gewähren.⁸⁹

Die vorgebrachten Einwände lassen sich auf das *eine Argument* zurückführen, es fehle an Gründen für einen positiven oder abstrakten Vertrauensschutz. Wenn es, wie sich zeigen wird,⁹⁰ Fälle des Anweisungsmangels gibt, in denen ein positiver Vertrauensschutz angemessen ist, so erledigen sich für diese Fälle die weiteren Einwände gerade aufgrund der besonderen Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieser Form des Vertrauensschutzes. Dies soll anhand eines Beispiels der Rechtsscheinhaftung gezeigt werden: Hat der Vollmachtgeber eine Außenvollmacht intern widerrufen (§§ 168 S. 3, 167 I) so besteht sie gegenüber dem Geschäftsgegner fort, bis der Vollmachtgeber ihm den Widerruf anzeigt (§ 170).⁹¹ Eine Vertrauensinvestition des Geschäftsgegners wird nicht vorausgesetzt. Der Vertrauensschutz wird wirk-

⁸⁶ S. u. 2 j, bb.

⁸⁷ Festschr. f. Larenz, S. 818, 825.

⁸⁸ S. o. unter aa, e.

⁸⁹ Ebenso Esser SchR II § 102 II (S. 351); Larenz SchR II § 68 III d 2 (S. 485); Medicus Rn. 688; Wilhelm, S. 152 f.; U. Meyer, S. 78.

⁹⁰ S. u. 2 b–e.

⁹¹ Zur analogen Anwendung des § 170 s. u. 2 b.

sam, wenn der Geschäftsgegner im Vertrauen auf das Bestehen einer Vollmacht das Geschäft mit dem Vertreter abschließt. Es tritt dieselbe Rechtswirkung ein, wie wenn die Vollmacht bestanden hätte. Die kraft Gesetzes eintretende Rechtswirkung entspricht dem Vertrauen des Geschäftsgegners. In dem analogen Fall des Anweisungsrechts hat der Anweisende eine gegenüber dem Empfänger (indirekt) erklärte Anweisung durch Erklärung gegenüber dem Angewiesenen widerrufen (analog §§ 168 S. 3, 167 I; § 790 S. 1). Sie besteht analog § 170 gegenüber dem Empfänger fort, bis der Anweisende ihm den Widerruf anzeigt. Der Vertrauensschutz setzt nur voraus, daß der Empfänger sein Vertrauen auf das Bestehen einer wirksamen Anweisung durch die Annahme der Zuwendung des „Angewiesenen“ „für Rechnung“ des „Anweisenden“ betätigt. Eine Vertrauensinvestition ist nicht erforderlich. Trotz des Mangels der rechtsgeschäftlichen Anweisung treten zugunsten des Empfängers die Anweisungswirkungen ein. Damit ist eine Leistung des „Anweisenden“ an den Empfänger gegeben, die diesem, wenn er vorgeleistet hatte, das Risiko der Insolvenz des „Anweisenden“ abnimmt.

Der positive Vertrauensschutz für den Empfänger wirkt nach zwei Seiten: gegenüber dem „Anweisenden“ als Eintreten der Anweisungswirkungen, gegenüber dem „Angewiesenen“ als Durchgriffsverbot und Zuweisung einer Kondition gegen den „Anweisenden“ mit entsprechenden Durchsetzungsrisiken. Der positive Vertrauensschutz für den Empfänger bei Mängeln der Anweisung muß daher in einer Rechtsscheinhaftung sowohl des „Anweisenden“ als auch des „Angewiesenen“ begründet sein; beide müssen in zurechenbarer Weise den Rechtsschein des Bestehens einer Anweisung geschaffen oder aufrecht erhalten haben. Die Rechtsscheinhaftung ist, obwohl sie nach Tatbestand und Wirkungen von einer Vertrauensinvestition unabhängig ist, deshalb nicht weniger sachgerecht als der negative Vertrauensschutz, der eine Vertrauensinvestition voraussetzt und sich darauf beschränkt, sie vermögensmäßig auszugleichen. *Sachgerecht ist der Vertrauensschutz dann, wenn Tatbestand und Rechtsfolge sich entsprechen.* Die Rechtsscheinhaftung bedeutet einen gesteigerten Vertrauensschutz und setzt deshalb einen besonders wirksamen Vertrauenstatbestand und einen starken Zurechnungsgrund voraus. Sie mag für den Regelfall des Anweisungsmangels nicht in Frage kommen, scheidet aber nicht schlechthin aus.⁹² Bleibt es damit im allgemeinen beim negativen oder „konkreten“ Vertrauensschutz für den Empfänger, so bleibt offen, in welcher Form er zu gewähren ist. Der Entreichereinwand (§ 818 III) gegen eine Durchgriffskondition des „Angewiesenen“ ist nicht die einzige Möglichkeit.⁹³

δ) *Der Schutz des Entreicherten.* Gegen ein vertrauensrechtliches Durchgriffsverbot wendet *Wilhelm*⁹⁴ ein, das Gesetz kenne grundsätzlich keinen Vertrauensschutz, der dem Entreicherten gegen seinen Willen die Kondition nehme. Die einzige Ausnahme bildeten die Fälle des gutgläubigen Erwerbs, in denen nicht der

⁹² S. u. 2 b-e.

⁹³ S. u. 2 j, bb.

⁹⁴ S. 137 f.

Inhaber des wirklich verminderten Vermögens kondiziere, sondern derjenige, aus dessen Vermögen der Gutgläubige zu erwerben meine. Im übrigen sei der Vertrauensschutz des Bereicherungsrechts auf § 818 III beschränkt.

Wilhelm geht offenbar davon aus, daß dem „Angewiesenen“ eine *Leistungskondition* zustehe, argumentiert jedoch, da er das Tatbestandsmerkmal „auf dessen Kosten“ auch auf die Leistungskondition bezieht,⁹⁵ so wie die h.M. bei einer Kondition wegen Bereicherung „in sonstiger Weise“. Nun sieht die h.M. die Durchgriffskondition des „Angewiesenen“ als Fall der Nicht-Leistungskondition an.⁹⁶ Daher steht für sie wie für *Wilhelm* fest, daß bei einem Mangel der Anweisung der „Angewiesene“ als der Entreicherte vom Empfänger, der unmittelbar „auf seine Kosten“ bereichert ist, kondiziert. Das *Bereicherungsrecht* scheint eine andere Lösung nicht zuzulassen. Es schützt in § 818 III nur den guten Glauben daran, daß die causa besteht, nicht den guten Glauben an die Abwicklung mit einem bestimmten Konditionsgläubiger. Allerdings ist es verfehlt, den Vertrauensschutz für den Empfänger, der gutgläubig eine Leistung des „Anweisenden“ annimmt, im Bereicherungsrecht zu suchen. Es geht um ein Problem des *Anweisungsrechts*, um die Frage, wieweit und unter welchen Voraussetzungen das Vertrauen auf das Bestehen einer Anweisung zu schützen ist. Findet in bestimmten Fällen ein positiver Vertrauensschutz statt, tritt also die Anweisungswirkung im Verhältnis des Empfängers zum „Anweisenden“ und des Empfängers zum „Angewiesenen“ ein, so hat dies freilich bereicherungsrechtliche Konsequenzen: Aufgrund der Anweisungswirkung hat der „Anweisende“ an den Empfänger geleistet, der Empfänger nicht „auf Kosten“ des „Angewiesenen“, sondern des „Anweisenden“ erworben. Für eine Kondition des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger, wie immer man sie einordnet, ist dann kein Raum. Der Vertrauensschutz wird damit im Bereich der Zuwendung und Leistung, also bereits im Vorfeld des Bereicherungsrechts gewährt und ist deshalb nicht auf die Kondition beschränkt, sondern gilt für *alle Leistungsfolgen* von der Mängelgewährleistung bis zur Gläubigeranfechtung. In den Fällen des gutgläubigen Erwerbs, auf die *Wilhelm* zu Recht hinweist, findet ein ähnlicher Vertrauensschutz statt. Ist das Kausalverhältnis zwischen dem nichtberechtigten Verfügenden und dem gutgläubigen Erwerber mangelhaft, kondiziert nach wohl h.M.⁹⁷ der Verfügende vom Erwerber und seine Leistungskondition schließt eine mögliche Eingriffskondition des (früheren) Eigentümers aus. Diese Regelung kann, wie heute anerkannt ist, nicht aus dem formalen Leistungsbegriff und dem Grundsatz der Subsidiarität der Nicht-Leistungskondition „abgeleitet“ werden. Sie ist vielmehr teleologisch zu begründen. Ihr Grund liegt in dem schützenswerten Vertrauen des Erwerbers darauf, daß der Verfügende aus seinem Vermögen zuwendet, also eine Abwicklung im Verhältnis zu ihm, dem Vertragspartner gesichert ist. Letztlich findet auch hier der Vertrauensschutz nicht auf der Ebene des Bereicherungsrechts statt: Das *Sachenrecht* ordnet an, daß in den Fällen des gutgläubigen Erwerbs die

⁹⁵ S. 100 ff.

⁹⁶ S.o. N. 7.

⁹⁷ Vgl. Larenz SchR II § 69 IV c (S. 504) m. Nachw.

Verfügung des Nichtberechtigten über fremdes Vermögen wirksam ist, und „schafft“ damit die Zuwendung, die Grundlage der Kondiktion des Verfügenden gegen den Erwerber wird. Schützt das Sachenrecht das Vertrauen des Erwerbers, so setzt sich der Vertrauensschutz im Bereicherungsrecht fort. Schützt das Sachenrecht den „Erwerber“ nicht, so fehlt es an einer Zuwendung und damit an der Grundlage jeder Kondiktion.

ε) *Die Zurechnung des Vertrauenstatbestandes.* Nach Köndgen⁹⁸ sind die Voraussetzungen einer Vertrauenshaftung des „Anweisenden“, die ein Durchgriffsverbot begründen könnten, nicht gegeben. Sie bedürfe eines Zurechnungsprinzips. Allgemein werde auf das Veranlassungsprinzip abgestellt. Beim Fehlen oder Mängeln der Anweisung habe der „Anweisende“ jedoch den Rechtsschein einer wirksamen Anweisung in der Regel nicht zurechenbar veranlaßt.

Der Vertrauensschutz setzt in der Tat allgemein voraus, daß der Vertrauenstatbestand dem Haftenden zurechenbar ist.⁹⁹ Dieses Argument gewinnt besondere Bedeutung, wenn man *Canaris'* Lehre von der Vertrauenshaftung zugrundelegt.¹⁰⁰ Nach ihr genügt für die Zurechnung nicht die bloße Veranlassung des Vertrauenstatbestandes, sondern dieser muß entweder vom Haftenden verschuldet sein oder in dessen Risikosphäre fallen.¹⁰¹ Zudem sollen Mängel der Geschäftsfähigkeit (analog §§ 104 ff.) und Willensmängel (analog §§ 116 ff.) die Zurechnung des Vertrauenstatbestandes ausschließen.¹⁰² Es mag sein, daß deshalb der Rechtsschein einer wirksamen Anweisung dem „Anweisenden“ zumeist nicht zugerechnet werden kann, aber dies hindert nicht daran, einen positiven Vertrauensschutz dort anzunehmen, wo die Zurechnung möglich ist. Der positive Vertrauensschutz ist in allen Bereichen „die Ausnahme“. Zuzurechnen ist der Vertrauenstatbestand dem „Anweisenden“ z. B. in folgendem Fall:¹⁰³ Der Anweisende benachrichtigt den Empfänger davon, daß er einen anderen angewiesen hat, versäumt jedoch, es ihm mitzuteilen, als er die Anweisung gegenüber dem Angewiesenen widerruft. Aus Versehen leistet der „Angewiesene“ an den Empfänger „für Rechnung“ des „Anweisenden“. Hier muß der „Anweisende“ für den Rechtsschein einer wirksamen Anweisung einstehen. Er hat durch die Benachrichtigung den Vertrauenstatbestand gesetzt. Die richtige Information des Empfängers gehört zum Risiko des „Anweisenden“, da nur er es wissen kann, ob die Anweisung wirklich besteht (Risikobeherrschung). Zudem trifft den „Anweisenden“ ein Verschulden: Nach Treu und Glauben war er verpflichtet, die Anweisung entweder gegenüber dem Empfänger zu widerrufen (analog §§ 168 S. 3, 167 I) oder ihn von dem gegenüber dem Angewiesenen erfolgten Widerruf in Kenntnis zu setzen. Der positive Vertrauensschutz für den Empfänger

⁹⁸ Festg. f. Esser, S. 70f.

⁹⁹ Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 467ff.

¹⁰⁰ Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.

¹⁰¹ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 473ff.

¹⁰² Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 452ff.

¹⁰³ Der Fall wird unten (2c) durch analoge Anwendung des § 171 gelöst.

und das daraus folgende Durchgriffsverbot sind auch gegenüber dem „Angewiesenen“ gerechtfertigt, da es durch sein Versehen zu der scheinbaren Anweisungsleistung kam.

§) *Der Vertrauensschutz durch § 818 III als gesetzliche Regel.* Das Durchgriffsverbot stellt nach Köndgen¹⁰⁴ eine Abweichung vom gesetzlichen Vertrauensschutz im Bereicherungsrecht (§ 818 III) dar. Daher trage „die Beweislast“, wer das Gesetz korrigieren wolle.

Das Bereicherungsrecht schützt in § 818 III das Vertrauen des Zuwendungsempfängers auf das Bestehen einer causa, also darauf, das Empfangene behalten zu dürfen. Das Durchgriffsverbot hingegen ergibt sich aus dem Schutz des Vertrauens auf die Wirksamkeit der Anweisung, der keine Aufgabe des Bereicherungsrechts ist, dessen Regelung daher in den §§ 812 ff. nicht gesucht werden darf. Damit wird nicht bestritten, daß der anweisungsrechtliche Vertrauensschutz bereicherungsrechtliche Folgen hat. Wie die rechtsgeschäftliche Anweisung so bestimmt die kraft Rechtscheinshaftung bestehende (gesetzliche) Anweisung die Wirkung der Zuwendung des „Angewiesenen“ an den Empfänger „für Rechnung“ des „Anweisenden“, Parteien und Inhalt der durch sie vollzogenen Zuwendungen. Besteht im Verhältnis des Empfängers zum „Anweisenden“ und „Angewiesenen“ kraft Rechtsscheinshaftung die Anweisungswirkung, so hat der Empfänger eine Leistung des „Anweisenden“ empfangen und ist nicht durch Leistung oder sonst „auf Kosten“ des „Angewiesenen“ bereichert. Daher fehlt es an den Voraussetzungen einer Durchgriffskondition des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger. Stattdessen kondiziert der „Angewiesene“ vom „Anweisenden“ wegen dessen Befreiung im Valutaverhältnis („Rückgriffskondition“). Soweit dieser Anspruch weniger günstig ist als die Durchgriffskondition gegen den Empfänger, wird dem „Angewiesenen“ ein Opfer auferlegt, das er im Rahmen der Rechtsscheinshaftung zu tragen hat. Auch er muß gegenüber dem Empfänger für den entstandenen Rechtsschein einer wirksamen Anweisung eintreten. So wird das Durchgriffsverbot als Folge einer Rechtsscheinshaftung des „Anweisenden“ und des „Angewiesenen“ für die Wirksamkeit der Anweisung *unabhängig vom Bereicherungsrecht* begründet. Der anweisungsrechtliche Vertrauensschutz stellt *keine* Ausnahme zum Grundsatz des § 818 III dar. Die beiden Regelungen liegen sozusagen auf verschiedenen Ebenen: Nicht nur die Rechtsfolgen unterscheiden sich, sondern es geht um verschiedene Vertrauenstatbestände und Inhalte des Vertrauens. Darum kann auch von einer „Korrektur des Gesetzes“ nicht die Rede sein; die Lösung des Problems wird sich vielmehr gerade aus der Analogie zu gesetzlichen Tatbeständen der Rechtsscheinshaftung ergeben.¹⁰⁵

η) *Der Gedanke der „unmittelbaren Vermögens- und Wertverfolgung“.* Für die Durchgriffskondition spricht, wie Canaris¹⁰⁶ betont, der Gedanke der „unmittel-

¹⁰⁴ Festg. f. Esser, S. 70f.; ähnlich AG Neuss MDR 77, 755; Wilhelm, S. 137f.

¹⁰⁵ S. u. 2b–e.

¹⁰⁶ Festschr. f. Larenz, S. 822.

baren Vermögens- und Wertverfolgung“, der im Bereich der Kondiktion wegen Bereicherung „in sonstiger Weise“ eine maßgebliche Rolle spielt: Der „Angewiesene“ soll Anspruch auf Rückgewähr des zugewendeten *Gegenstands* selbst haben, sein Konditionsschuldner soll der Empfänger sein, dem er den Gegenstand unmittelbar zugewendet hat.

Am Zugriff auf den *Zuwendungsgegenstand* ist dem „Angewiesenen“ freilich wenig gelegen, wenn er – wie in der Regel¹⁰⁷ – Geld oder Waren geleistet hat. Auch sein Interesse an einer Kondiktion gegen den *Empfänger* ist zu bezweifeln, denn er vollzog die Zuwendung an den Empfänger „für Rechnung“ des „Anweisenden“, wollte also (ohne Zurechnungsmangel) eine Abwicklung im Verhältnis zum „Anweisenden“ anstelle des Durchgriffs gegen den Empfänger. Freilich rechnete er mit der Erfüllung seiner Leistungspflicht im Deckungsverhältnis aufgrund der Anweisungswirkung, während der Vertrauensschutz zugunsten des Empfängers ihn zur Kondiktion gegen den „Anweisenden“ auf Wertersatz für dessen Befreiung im Valutaverhältnis zwingt. Doch ist er dadurch nicht notwendig schlechter gestellt als bei einer Kondiktion gegen den Empfänger. Seine Position als Kondiktionsgläubiger des „Anweisenden“ ist nur dann schwächer, wenn es durch seinen „Fehler“ trotz unwirksamer Anweisung zu der Leistung kam.¹⁰⁸ In diesem Fall ist dem „Angewiesenen“ jedoch ein begrenztes Opfer zuzumuten.

Der Gedanke der „unmittelbaren Vermögens- und Wertverfolgung“ hängt mit dem Erfordernis der „Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung“ zusammen und ist nur für die Kondiktion wegen Bereicherung „in sonstiger Weise“ maßgebend. Daher spricht er nicht gegen das vertrauensrechtliche „Durchgriffsverbot“: Durch die Anweisungswirkung (kraft Rechtsscheins) tritt statt einer Zuwendung des „Angewiesenen“ an den Empfänger eine Leistung des „Anweisenden“ an den Empfänger ein. Das „Durchgriffsverbot“ ist nur die Kehrseite der Leistungswirkung zwischen dem „Anweisenden“ und dem Empfänger, ist also, wie sie, eine rechtsgeschäftsähnliche Wirkung des Parteiverhaltens und hat den Vorrang gegenüber den für die Nicht-Leistungskonditionen geltenden Regeln. Im übrigen ist der Ausdruck „Durchgriffsverbot“ mißverständlich: Der anweisungsrechtliche Vertrauensschutz „verbietet“ nicht eine Kondiktion, deren Voraussetzungen „an sich“ gegeben wären, er läßt den Tatbestand einer Durchgriffskondiktion zwischen dem „Angewiesenen“ und dem Empfänger nicht eintreten.

c) Eingeschränkter Vertrauensschutz

aa) Die Leistung des „Angewiesenen“ als Drittleistung nach § 267

Einem beschränkten Vertrauensschutz für den Empfänger kommen im Ergebnis Vorschläge gleich, die bei Mängeln der Anweisung eine Drittleistung des „Angewie-

¹⁰⁷ Vgl. Köndgen, Festg. f. Esser, S. 74.

¹⁰⁸ S. u. 2b.

senen“ auf das Valutaverhältnis nach § 267 annehmen.¹⁰⁹ Danach darf der Empfänger bei intaktem Valutaverhältnis das Empfangene behalten und ist nur bei einem Mangel des Valutaverhältnisses der Kondiktion des „Angewiesenen“ ausgesetzt.¹¹⁰ Es wird sozusagen das Vertrauen des Empfängers darauf geschützt, daß sein Recht zum Behalten des Empfangenen allein vom Valutaverhältnis abhängt. Im technischen Sinn freilich liegt keine Regelung des Vertrauensschutzes für den Empfänger vor. Alle diese Vorschläge werden im Interesse des „Angewiesenen“ gemacht. Der Schutz des Empfängers wäre jedenfalls nur eine Reflexwirkung der Leistung des „Angewiesenen“.

Nach Pfister¹¹¹ trifft der „Angewiesene“ im Rahmen der „Anweisungsleistung“ auch eine Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis. Daher wirke seine Zuwendung bei einem Mangel der Anweisung als Leistung auf die Valutaschuld des „Anweisenden“. Zur Erfüllung der fremden Schuld sei der „Angewiesene“ nach § 267 auch ohne Anweisung berechtigt. Einen ähnlichen Gedanken stellte Wilburg¹¹² zur Diskussion: Die Zuwendung des „Angewiesenen“ trage neben der Tilgungsbestimmung auf das Deckungsverhältnis eine „Eventualtilgungsbestimmung“ auf das Valutaverhältnis für den Fall des Fehlens oder eines Mangels der Anweisung. Komme es nicht zur Erfüllung der Valutaschuld durch mittelbare Leistung des Anweisenden, so werde aufgrund der „Hilfscausa“ die Valutaschuld durch Dritteistung des „Angewiesenen“ nach § 267 erfüllt. In dieselbe Richtung geht schließlich der Vorschlag eines *Wahlrechts* für den „Angewiesenen“: Um den „Angewiesenen“ gegen die Nachteile der Durchgriffskondiktion,¹¹³ insbesondere das Risiko der Insolvenz des Empfängers zu schützen, wird ihm das Recht eingeräumt, seine Zuwendung als Dritteistung nach § 267 gelten zu lassen, d. h. nachträglich eine Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis zu treffen, die auf den Zeitpunkt der Zuwendung zurückwirkt.¹¹⁴

Aufgrund einer *Dritteistung* steht dem „Angewiesenen“ – wenn im Valutaverhältnis Erfüllung eintritt – statt der Durchgriffskondiktion gegen den Empfänger eine „Rückgriffskondiktion“ gegen den „Anweisenden“ zu. So trägt der „Angewie-

¹⁰⁹ Vgl. Flume JZ 62, 282; Wieling JZ 77, 295; ähnlich v. Caemmerer JZ 62, 387. Nach OLG Düsseldorf NJW 74, 1001 kann im Einzelfall auch eine Leistung des Angewiesenen auf das Valutaverhältnis nach § 267 anzunehmen sein. Dies sei durch Auslegung seines Leistungsverhaltens zu ermitteln. *Dagegen*: Lorenz AcP 168 (1968), 302; ders. in: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, S. 280ff. und JuS 68, 447; Möschel JuS 72, 302; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 69f.; Joerges JuS 75, 517.

¹¹⁰ Zur Kondiktion bei der Dritteistung nach § 267 vgl. Larenz SchR II § 68 IIIc 1 (S. 480f.); Medicus Rn. 684f. (jeweils m. Nachw.).

¹¹¹ JR 69, 49.

¹¹² Auf der Zivilrechtslehrertagung 1967, Bad Pyrmont (vgl. den Bericht von Rothoef JZ 68, 77).

¹¹³ Dazu ausführlich Pfister JR 69, 49.

¹¹⁴ Oertmann AcP 82 (1894), 465; Flume JZ 82, 281; v. Caemmerer, Festschr. f. Dölle I, S. 147ff. *Ablehnend*: Medicus Rn. 951; Esser SchR II § 102 II 1 (S. 349); Lorenz AcP 168 (1968), 306ff. und in: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, S. 267ff.; Derleder AcP 169 (1969), 103ff.; Roth JZ 72, 153. *Weit. Nachw.* bei U. Meyer, S. 100 N. 1.

sene“ das Risiko der Insolvenz seines Vertragspartners, doch ist er im übrigen nicht geschützt: Da die „Rückgriffskondiktion“ nicht in das Synallagma des Deckungsverhältnisses eingeht, kommen die Saldotheorie oder § 17 KO nicht zur Anwendung. Wesentlich schwerer dürften aber die Beschränkungen wiegen, denen die „Rückgriffskondiktion“ unterliegt!¹¹⁵ Wegen des Mangels der Anweisung hat der „Anweisende“ in aller Regel die Dritteleistung des „Angewiesenen“ nicht zurechenbar veranlaßt. Daher behält der „Anweisende“ analog §§ 404, 406 gegenüber der „Rückgriffskondiktion“ die Gegenrechte, die ihm gegen die Valutaforderung des Empfängers zustanden, und kann sich auf die Grundsätze über die „aufgedrängte Bereicherung“ berufen. Die Durchgriffskondiktion gegen den Empfänger ist von solchen Belastungen frei. So spricht in der Regel die Frage des Insolvenzrisikos für die „Rückgriffskondiktion“ gegen den „Anweisenden“, das Gegenrechtsrisiko und der Bereicherungsgegenstand (Ersatz des „subjektiven Wertes“ bei aufgedrängter Bereicherung) für die Durchgriffskondiktion gegen den Empfänger. Eine generelle Abwägung würde eher zugunsten der Durchgriffskondiktion sprechen. Es kommt jedoch auf die Umstände des Einzelfalles an.

Daher ist die für den „Angewiesenen“ günstigste Lösung das *Wahlrecht*, das ihm eine bewußte Abwägung der konkreten Risiken ermöglicht. Es wäre wie *Wilhelm*¹¹⁶ hervorhebt, gerade im Konkurs des Empfängers für den „Angewiesenen“ von Vorteil. Freilich verstößt es eben deshalb gegen vom Konkursrecht geschützte Interessen der Gläubiger des Empfängers. Dies wird durch eine Parallele zu dem umstrittenen *Wahlrecht des Putativschuldners* bei der Leistung auf eine vermeintlich eigene Schuld deutlich.¹¹⁷ Beiden Fällen liegt folgende Situation zugrunde: Gegen den Gemeinschuldner besteht aufgrund einer Zuwendung an ihn eine Kondiktion. Der Konditionsgläubiger weiß, daß ein Dritter dem Gemeinschuldner den herauszugebenden Gegenstand schuldet. Er trifft nachträglich für seine Zuwendung eine Tilgungsbestimmung auf die Forderung des Gemeinschuldners gegen den Dritten, verliert dadurch zwar die Kondiktion, da die Leistung nunmehr einen Rechtsgrund erhält, gewinnt aber dafür die Rückgriffskondiktion gegen den Dritten, die vom Konkurs des Zuwendungsempfängers nicht berührt wird. Den in der Ausübung des Wahlrechts liegenden Verstoß gegen das Konkursrecht zeigt die Analogie zur Aufrechnung.¹¹⁸ Durch einunddenselben Akt, die Setzung der Tilgungsbestimmung hinsichtlich des Valutaverhältnisses, opfert der „Angewiesene“ seine Durchgriffskondiktion gegen den Empfänger und bringt die Forderung des Empfängers gegen

¹¹⁵ Vgl. Erman/H. P. Westermann § 812 Rn. 27; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 845 (m. Nachw.); U. Meyer, S. 97.

¹¹⁶ AaO.

¹¹⁷ Für dieses *Wahlrecht*: BGH NJW 64, 1898 f.; Palandt/Thomas § 812 Anm. 5 Bb, dd; Thomä JZ 62, 627; Flume JZ 62, 282; v. Caemmerer, Festschr. f. Dölle I, S. 147 f.; Ehmann NJW 69, 403 N. 58 und NJW 69, 1835. *Dagegen*: Larenz SchR II § 68 III d 1 (S. 484); Medicus Rn. 951; Lorenz AcP 168 (1968), 306 ff. und in: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, S. 267 f.; ihm folgend Esser SchR II § 102 II 1 (S. 349); Wilhelm, S. 175 f.; U. Meyer, S. 100 f.; Derleder AcP 169 (1969), 103 f.; Roth JZ 72, 153.

¹¹⁸ Vgl. Lorenz in: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, S. 281.

den „Anweisenden“ zum Erlöschen. Damit bringt er dieselbe Wirkung zustande, wie wenn im Zeitpunkt der Ausübung des Wahlrechts der „Anweisende“ die Kondiktion des „Angewiesenen“ erworben hätte oder umgekehrt der „Angewiesene“ die Valutaschuld des „Anweisenden“ übernommen hätte, also auf die eine oder andere Weise die für die Aufrechnung nötige Gegenseitigkeit der Forderungen hergestellt und aufgerechnet worden wäre. Dies wäre nach der Eröffnung des Konkursverfahrens unzulässig (§ 55 KO). Auch mit § 15 KO ist das Wahlrecht nicht vereinbar.¹¹⁹ Das Erlöschen der Forderung des Empfängers gegen den „Anweisenden“ aus dem Valutaverhältnis und die gleichzeitige Entstehung der Rückgriffskondiktion des „Angewiesenen“ gegen den „Anweisenden“ ist wie ein Rechtsübergang zu betrachten. Der „Angewiesene“ erwirbt also gleichsam einen Gegenstand aus der Konkursmasse. Dieser Erwerb beruht nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners, ist daher zwar nicht nach § 7 KO, aber nach § 15 KO unwirksam. Das Wahlrecht des „Angewiesenen“ versagt demnach gerade im Konkurs des Empfängers, in dem es dem „Angewiesenen“ eine Sonderdeckung verschaffen sollte.

Die Zulassung eines *rückwirkenden* Wahlrechts verstößt auch gegen die Interessen des „Anweisenden“. Hat dieser inzwischen seinerseits an den Empfänger gezahlt, so hätte er wegen der Rückwirkung des Wahlrechts (Tilgung der Valutaschuld im Zeitpunkt der Zuwendung des „Angewiesenen“ an den Empfänger) auf eine nicht bestehende Schuld geleistet, müßte also vom Empfänger kondizieren und erhielte in dessen Konkurs nur die Quote.¹²⁰ Hat der „Anweisende“ inzwischen gegenüber dem Empfänger aufgerechnet, könnte durch die Ausübung des Wahlrechts rückwirkend die Forderung des Empfängers gegen ihn, damit die Aufrechnungslage und die Aufrechnungswirkung (§ 389) beseitigt werden. Der „Anweisende“ erhielte auf seine zur Aufrechnung gestellte, aber bestehen gebliebene Gegenforderung im Konkurs des Empfängers nur die Quote.¹²¹

Eine Rückwirkung des Wahlrechts ist überdies *nicht* zu *begründen*. Die für das Wahlrecht des Putativschuldners herangezogene Analogie zur Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts nach § 144 durch den Verzicht auf die Geltendmachung des bei der Zuwendung unterlaufenen Irrtums¹²² ist nicht geeignet, eine Rückwirkung zu begründen: § 144 ordnet keine Rückwirkung an, sondern macht eine bestehende Rechtswirkung unanfechtbar.¹²³ Ebenso wenig trägt der Gedanke einer Analogie zu der Leistung an den Scheingläubiger und der nachfolgenden (rückwirkenden) Genehmigung des Echtgläubigers (§§ 185 II, 184 I):¹²⁴ Erreicht die Zuwendung nicht den „richtigen“ Empfänger, weil statt der mittelbaren Leistung an den „Anweisenden“ eine direkte Zuwendung an den Empfänger zustande kommt,

¹¹⁹ Vgl. Lorenz aaO, S. 281 f. und AcP 168 (1968), 313 f.; Esser SchR II § 102 II 1 (S. 349); Medicus Rn. 951; U. Meyer, S. 101 f.

¹²⁰ Lorenz in: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, S. 273; U. Meyer, S. 102.

¹²¹ Vgl. U. Meyer aaO.

¹²² v. Caemmerer, Festschr. f. Dölle I, S. 150 f.

¹²³ Lorenz in: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, S. 275/276.

¹²⁴ Thomä JZ 62, 627 f.

so kann allein der „Anweisende“ genehmigen,¹²⁵ wie ja auch im Vergleichsfall der Echtgläubiger genehmigt, nicht der Schuldner seine eigene Leistung. Durch das Wahlrecht und die nachträgliche Tilgungsbestimmung des „Angewiesenen“ auf das Valutaverhältnis wird nicht die vorgenommene „Anweisungsleistung“ bestätigt oder genehmigt, sondern ein neues Geschäft vorgenommen.

Scheidet damit ein rückwirkendes Wahlrecht des „Angewiesenen“ aus, so bleiben die Möglichkeiten einer anfänglichen „*Eventualtilgungsbestimmung*“ des „Angewiesenen“ auf das Valutaverhältnis und eines *Wahlrechts mit Wirkung ex nunc*. Die Vorstellung einer Dritteistung auf fremde Schuld ist dem „Angewiesenen“, der „für Rechnung“ des „Anweisenden“ leisten will, fremd. Er rechnet in aller Regel nicht mit einem Mangel der Anweisung. Da diese Umstände dem Empfänger bekannt oder erkennbar sind, darf auch er *keine* „*Eventualtilgungsbestimmung*“ des „Angewiesenen“ auf das Valutaverhältnis annehmen.¹²⁶

Ein Wahlrecht des „Angewiesenen“ mit Wirkung *ex nunc* ist im Konkurs des Empfängers wirkungslos.¹²⁷ Vor Ausübung des Wahlrechts besteht eine für den Empfänger nicht zumutbare Rechtsunsicherheit. Vor allem aber gibt es keinen Grund dafür, dem „Angewiesenen“ durch die Wahlmöglichkeit zwischen der Kondiktion gegen den Empfänger und dem „Anweisenden“ das Insolvenzrisiko zu erleichtern, zumal es in der Regel darum geht, die Folgen seines „Fehlers“ zu beseitigen. Auf die ausführliche Begründung *U. Meyers* darf verwiesen werden.¹²⁸

bb) Der Vertrauensschutz nach § 818 III

Trifft der Empfänger im Vertrauen auf sein Recht zum Behalten des Empfangenen Vermögensverfügungen, so gestattet ihm § 818 III, dadurch eintretende Verluste gegen die Durchgriffskondiktion des „Angewiesenen“ als Wegfall der Bereicherung geltend zu machen. Das Gesetz schützt damit das Vertrauen des Empfängers auf das Bestehen einer *causa*. Dieser Schutz wird in jedem Fall des Bereicherungsausgleichs gewährt, gilt daher auch für die Durchgriffskondiktion des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger bei einem Mangel der Anweisung.¹²⁹ Freilich sind damit die Möglichkeiten des Vertrauensschutzes im Verhältnis des „Angewiesenen“ zum Empfänger nicht erschöpft. In bestimmten Fällen ist auch das Vertrauen des Empfängers auf die Wirksamkeit der Anweisung schützenswert. Tritt im Verhältnis des Empfängers zum „Anweisenden“ und zum „Angewiesenen“ kraft Rechtsscheins die Anweisungswirkung ein, so schließt sie eine Durchgriffskondiktion gegen den Empfänger aus; der Vertrauensschutz nach § 818 III ist gegenstandslos, da dem Empfänger ein weitergehender Schutz gewährt wird.

¹²⁵ S. u. 2 j, aa.

¹²⁶ Gegen eine Tilgungsbestimmung des „Angewiesenen“ auf das Valutaverhältnis s. o. N. 109.

¹²⁷ Siehe soeben im Text. Vgl. auch *U. Meyer*, S. 102/103; *Koppensteiner/Kramer*, S. 55.

¹²⁸ Der Bereicherungsausgleich in Dreiecksverhältnissen, Berlin 1979, S. 103 f.

¹²⁹ Vgl. *Lorenz JuS* 68, 447; *Wilhelm*, S. 137; *Canaris, Festschr. f. Larenz*, S. 825 f.

Andererseits würde der Vertrauensschutz über die Durchgriffskondition des „Angewiesenen“ und den Entreichereinwand des Empfängers (§ 818 III) den „Angewiesenen“ zu sehr belasten, wenn er den Mangel der Anweisung nicht kannte. § 818 III setzt eine *Kondition* des „Angewiesenen“ und damit eine wirksame Zuwendung des „Angewiesenen“ an den Empfänger voraus. Der „Angewiesene“ wollte jedoch durch seine Zuwendung eine Zuwendungskette mit Durchgangserwerb des „Anweisenden“ bewirken. Eine direkte Zuwendung an den Empfänger wollte er nicht. Daher liegt, wenn von einer Zuwendung des „Angewiesenen“ an den Empfänger ausgegangen wird, schon darin eine Wirkung des Vertrauensschutzes für den Empfänger: Geschützt wird das Vertrauen des Empfängers darauf, den Leistungsgegenstand vom „Angewiesenen“ durch die „Anweisungsleistung“ zu erwerben, gleichgültig, ob direkt oder über den „Anweisenden“. Dieser Vertrauensschutz ist nur gerechtfertigt, wenn dem „Angewiesenen“ das Fehlen oder der Mangel der Anweisung bekannt waren. War (auch) der „Angewiesene“ gutgläubig, so ist seine Zuwendung als unwirksam anzusehen und ihm gegebenenfalls ein Stornorecht oder die Vindikation gegen den Empfänger zu gewähren. Das Vertrauen des Empfängers auf sein Recht zum Behalten der Zuwendung ist über einen Schadenersatzanspruch auf das negative Interesse zu schützen. Dies wird unten ausführlich dargestellt und begründet.¹³⁰

Die Durchgriffskondition des „Angewiesenen“ und der Entreichereinwand des Empfängers nach § 818 III sind danach zwar nicht das einzige Modell für die Abwicklung der fehlgeschlagenen Anweisungsleistung, aber doch eine in vielen Fällen angemessene Lösung. Die Berufung des Empfängers auf § 818 III wirft indes einige Fragen auf. Es liegt nahe, daß der Empfänger als Entreichering auch geltend macht, er habe im Vertrauen darauf, die vom „Anweisenden“ im Valutaverhältnis geschuldete Leistung in Händen zu haben, an diesen gegengeleistet oder Sicherheiten aufgegeben.¹³¹ Die Anrechnung der *an einen Dritten* erbrachten Gegenleistung wird gegenüber der Vindikation¹³² und der Eingriffskondition¹³³ des Eigentümers allgemein abgelehnt. Dagegen finden sich Stimmen für eine Anrechnung der Gegenleistung an den Dritten auf die Leistungskondition¹³⁴ und die Durchgriffskondition im Dreipersonenverhältnis.¹³⁵ Die Anrechnung der Gegenleistung an den „Anweisenden“ kann nicht deshalb abgelehnt werden, weil der erforderliche adäquat

¹³⁰ S. u. 2j, bb (Analogie zu § 179).

¹³¹ Siehe bereits oben § 4 III 2, bb.

¹³² Vgl. Palandt/Thomas § 988 Anm. 4b.

¹³³ Vgl. BGH 55, 126; BGH Betr. 74, 1009; BGH 9, 333 (335); 14, 7 (9f.); BGH NJW 60, 1713 (1715); RG 106, 4 (7); RG SeuffA 66 Nr. 132; OLG Celle MDR 58, 845 (846); Staudinger/Seufert § 818 Rn. 45b; RGRK (Scheffler) § 818 Anm. 38; Soergel/Mühl § 818 Rn. 44; Palandt/Thomas § 818 Anm. 6 Cb; Medicus Rn. 688; U. Meyer, S. 81f. Vgl. die Nachweise bei Flessner, S. 17 N. 80, S. 24 N. 115.

¹³⁴ Strutz NJW 68, 145.

¹³⁵ Vgl. RG 86, 343 (348); Soergel/Mühl § 818 Rn. 45; Medicus Rn. 688; U. Meyer, S. 84f.; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 820ff. (825f.). *Dagegen*: Berg JuS 64, 141; Baur/Wolf JuS 66, 396; Wieling JZ 77, 292.

ursächliche Zusammenhang zwischen ihr und der Zuwendung des „Angewiesenen“ nicht gegeben wäre.¹³⁶ Der Kausalzusammenhang wird nicht dadurch unterbrochen, daß die Gegenleistung des Empfängers auf dessen eigener Vermögensentscheidung beruht, denn diese Entscheidung ist durch den Empfang der Zuwendung des „Angewiesenen“ motiviert. Auch daß der Empfänger die Gegenleistung oder die Aufgabe der Sicherheiten dem „Anweisenden“ aufgrund des Valutaverhältnisses schuldet, ändert nichts an dem Kausalzusammenhang: Der „Anweisende“ konnte die Gegenleistung oder die Freigabe der Sicherheiten erst fordern, nachdem der Empfänger die ihm gebührende Leistung erhalten hatte. Der Empfänger handelte also gerade, wenn er seine Verpflichtung gegenüber dem „Anweisenden“ erfüllen wollte, im Vertrauen auf den Leistungsempfang. In der Anrechnung der an den „Anweisenden“ erbrachten Gegenleistung liegt auch keine *exceptio ex iure tertii*.¹³⁷ Der Empfänger macht einen *eigenen* Vermögensverlust geltend. Er erlitt diesen Verlust durch eine Vermögensverfügung, die er im Vertrauen auf das Behalten des vom „Angewiesenen“ Empfangenen getroffen hat. Daß seine Gegenleistung an den „Anweisenden“ und der auf ihr beruhende Vermögensverlust durch ein Rechtsverhältnis zum „Anweisenden“ (Valutaverhältnis) bestimmt sind, macht die Berufung auf § 818 III noch nicht zur Einwendung aus dem Recht eines Dritten. Schwerer wiegt der Einwand, der Konditionsgläubiger dürfe nicht mit den Risiken eines Geschäfts belastet werden, an dem er nicht beteiligt sei.¹³⁸ Das Gesetz regle die Beziehung des Konditionsschuldners zu dem Dritten durch Gewährleistungsansprüche oder, bei einem Mangel des Kausalverhältnisses, durch die Leistungskondiktion gegen ihn. Der Konditionsschuldner trage selbst das Risiko der Durchsetzung dieser Ansprüche. Diese Risikoverteilung widerspricht freilich den Grundsätzen des bereicherungsrechtlichen Vertrauensschutzes. Soweit § 818 III das Vertrauen auf das Recht zum Behalten des Empfangenen schützt, trägt der *Konditionsgläubiger* uneingeschränkt die Gefahr von Verlusten durch Vermögensverfügungen des Konditionsschuldners. Die Vermögensverfügung des Konditionsschuldners ist in der Regel durch den Gegenstand der Bereicherung selbst veranlaßt: Der Erwerb eines Tieres macht Aufwendungen zur Fütterung notwendig, die Anschaffung eines Gegenstandes gibt Gelegenheit zur Weiterveräußerung. Bei der Zuwendung des „Angewiesenen“ an den Empfänger tritt ein weiteres Moment hinzu. Der „Angewiesene“ erweckt, indem er zugleich mit der Zuwendung als Bote ohne Botenmacht die Tilgungsbestimmung des „Anweisenden“ auf das Valutaverhältnis überbringt, den Anschein einer Vorleistung im Valutaverhältnis. Der Empfänger vertraut daher nicht allein auf sein Recht, das Empfangene als Vermögensgut behalten zu dürfen, sondern ebenso auf die in der Vorleistung liegende Sicherheit. § 818 III schützt allge-

¹³⁶ So RGRK (Scheffler) § 818 Anm. 37 m. Nachw. *Dagegen*: Strutz aaO; vgl. auch v. Caemmerer, Festschr. f. Rabel I, S. 384f.; Lehmann, Festschr. f. Nipperdey (1955), S. 32; Flume, Festschr. f. Niedermeyer, S. 154.

¹³⁷ Diesen Einwand erhebt Lehmann, Festschr. f. Nipperdey (1955), S. 33 (gegen ihn Strutz NJW 68, 143).

¹³⁸ So Lehmann, Festschr. f. Nipperdey (1955), S. 33 (dazu Strutz aaO, S. 143).

mein das Vertrauen des Empfängers auf sein Recht zum Behalten des Zuwendungsgegenstandes und gewährt ihm das Vertrauensinteresse, stellt ihn also so, wie wenn er das Fehlen der causa bei Empfang der Zuwendung gekannt hätte. Dann muß dem Empfänger auch der Wert seiner Gegenleistung an den „Anweisenden“ oder der aufgegebenen Sicherheiten ersetzt werden, soweit er entreichert ist. Der Empfänger kann daher eine im Valutaverhältnis erbrachte Gegenleistung oder aufgegebene Sicherheiten nach § 818 III auf die Durchgriffskondiktion des „Angewiesenen“ anrechnen. Eine teleologische Reduktion des § 818 III ist nicht gerechtfertigt: Der „Angewiesene“ hat die Zuwendung „für Rechnung“ des „Anweisenden“ erbracht, sie damit in (scheinbaren) Bezug zum Valutaverhältnis gesetzt und so die Gegenleistung des Empfängers oder die Aufgabe von Sicherheiten veranlaßt und die darin liegenden Risiken geschaffen. Daher muß der „Angewiesene“ diese Risiken im Rahmen des § 818 III tragen.¹³⁹ Der Vertrauensschutz des § 818 III ist nicht auf die Fälle der *condictio indebiti* beschränkt, in denen die Tilgungsbestimmung wirksam, das Kausalverhältnis mangelhaft ist, sondern umfaßt auch die *condictio sine causa*, bei der keine wirksame Zweckbestimmung zustande kommt, und die Durchgriffskondiktion, die – mag sie auch als Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise einzuordnen sein – doch einer Leistungskondiktion ähnlich ist, da die Bereicherung durch eine Zuwendung des Kondiktionsgläubigers entsteht.

Dem Empfänger die Anrechnung der Gegenleistung an den „Anweisenden“ zu versagen, würde einen Wertungswiderspruch zur Saldotheorie bedeuten, die bei der Kondiktion nach gegenseitigem Leistungsaustausch Leistung und Gegenleistung verrechnet. Daß der Empfänger eine Zuwendung des „Angewiesenen“ empfängt und an den „Anweisenden“ gegenleistet, rechtfertigt keine andere Wertung, solange ein Leistungsaustausch (*Synallagma*) stattfindet. Überdies hat der „Angewiesene“ im vorliegenden Fall nicht als Dritter nach § 267 auf das Valutaverhältnis geleistet, sondern scheinbar eine Leistung des „Anweisenden“ vermittelt, an den der Empfänger im Vertrauen auf einen gegenseitigen Leistungsaustausch leistete.

Zur Begründung des Anrechnungsverbots wird, vor allem im Hinblick auf die Eingriffskondiktion, vorgebracht, der nunmehrige Kondiktionsschuldner sei bis zum Verbrauch oder der Veräußerung der Sache der Vindikation des jetzigen Kondiktionsgläubigers ausgesetzt gewesen.¹⁴⁰ Gegenüber der Vindikation sei die Anrechnung der an einen Dritten erbrachten Gegenleistung ausgeschlossen. Da die Eingriffskondiktion aber an die Stelle der Vindikation trete, den Eigentumsschutz ergänze,¹⁴¹ dürfe sie nicht zu einer Haftungserleichterung führen. Dieses Argument überzeugt für die Eingriffskondiktion, läßt sich jedoch auf die Durchgriffskondiktion nicht übertragen, die, da sie auf einer Zuwendung des „Angewiesenen“ beruht, der Leistungskondiktion zumindest ähnlich ist. Zwar kann die Durchgriffskondiktion, wie die Leistungskondiktion, in gewissen Grenzen als nachwirkende Befugnis

¹³⁹ So auch Flessner, S. 19, 154f.

¹⁴⁰ v. Caemmerer, Festschr. f. Rabel I, 385f.; Lehmann, Festschr. f. Nipperdey (1955), S. 34. *Dagegen*: Strutz aaO, S. 142.

¹⁴¹ v. Caemmerer und Lehmann aaO.

aus dem Eigentum („Rechtsfortwirkung“) verstanden werden.¹⁴² Sie ist jedoch ebenso die Rechtsfolge eines geschäftlichen Kontakts, schuldrechtliches Abwicklungsverhältnis und braucht deshalb im Haftungsumfang mit der Vindikation nicht übereinzustimmen, zumal sich der „Angewiesene“ durch die Zuwendung der privilegierten Stellung des Eigentümers selbst begeben hat. Es ist heute überwiegende Ansicht, daß bei der Abwicklung von nichtigen Veräußerungs- oder Besitzüberlassungsverträgen, wenn zugleich der Tatbestand der Vindikation und der Leistungskondiktion erfüllt ist, grundsätzlich die Leistungskondiktion den Vorrang hat.¹⁴³ Dies bedeutet, daß §§ 812 ff., nicht §§ 987 ff. Anwendung finden und daß Anspruchsinhalt der Leistungskondiktion und Umfang der Haftung des Konditionsschuldners unabhängig von der Vindikation bestimmt werden. Dasselbe gilt umso mehr für die Durchgriffskondiktion, bei der keine Vindikationslage besteht.

Zutreffend ist dagegen der Einwand, das Vermögen des Empfängers werde durch die Gegenleistung an den „Anweisenden“ nicht notwendig vermindert, habe er doch den Leistungsanspruch oder Gewährleistungsansprüche gegen den „Anweisenden“ aus dem Valutaverhältnis oder, bei einem Mangel des Valutaverhältnisses, die Leistungskondiktion.¹⁴⁴ Wegfall der Bereicherung tritt indessen ein, wenn diese Ansprüche nicht durchsetzbar, daher für den Empfänger wertlos sind.¹⁴⁵

Demnach ist davon auszugehen, daß eine Gegenleistung des Empfängers an den „Anweisenden“, soweit der Empfänger durch sie entreichert ist, nach § 818 III auf die Durchgriffskondiktion des „Angewiesenen“ angerechnet wird. Entreichert ist der Empfänger, wenn seine Ansprüche aus dem Valutaverhältnis aufgrund der Insolvenz des „Anweisenden“ entwertet sind oder die gegen diesen gerichtete Kondiktion wegen seiner Entreicherung ausgeschlossen ist. Die Entreicherung ist im Kondiktionsprozeß des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger festzustellen. Maßgebend ist der Tatsachenstand bei Schluß der mündlichen Verhandlung. Die Beweislast für die Entreicherung trägt der Empfänger.¹⁴⁶ Hat das Gericht dem Anspruch des „Angewiesenen“ in vollem Umfang *stattgegeben*, da der Empfänger nicht entreichert sei, und kann der Empfänger später seine Ansprüche gegen den „Anweisenden“ nicht durchsetzen, so ist dies sein Risiko. War der „Anweisende“ zur Zeit des Kondiktionsprozesses des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger wirklich solvent, so hätte der Empfänger in diesem Zeitpunkt seine Ansprüche verwirklichen müssen. Es empfiehlt sich daher für den Empfänger, sobald der „Angewiesene“ gegen ihn Klage erhebt, seinerseits gegen den „Anweisenden“ vorzugehen, nötigenfalls zu klagen und die Zwangsvollstreckung zu versuchen. Eine Aussetzung (§ 148 ZPO)

¹⁴² Barnstedt, S. 100; v. Lübtow, Beiträge, S. 26; Wilburg AcP 163 (1963), 349.

¹⁴³ Vgl. v. Caemmerer, Festschr. f. Boehmer, S. 154 N. 42; Flume, Festschr. f. Niedermeyer, S. 170f.; Köbl, S. 200ff., 258, 265. Zu den erforderlichen Ausnahmen zugunsten der Vindikation vgl. Lent/Schwab § 35 VIII 5b (S. 188); Köbl, S. 259ff.

¹⁴⁴ BGH 9, 333 (335); 14, 7 (9f.); Lehmann, Festschr. f. Nipperdey (1955), S. 34; U. Meyer, S. 79. *Dagegen*: Strutz aaO, S. 142.

¹⁴⁵ So U. Meyer aaO; vgl. auch Strutz aaO.

¹⁴⁶ Vgl. BGH NJW 58, 1725; Palandt/Thomas § 818 Anm. 8.

des Kondiktionsprozesses des „Angewiesenen“ ist jedoch mangels Voreingrifflichkeit der Entscheidung über die Ansprüche des Empfängers gegen den „Anweisenden“ für den Kondiktionsprozeß nicht möglich. Im Prozeß zwischen dem „Angewiesenen“ und dem Empfänger ist in der Regel unstreitig, daß dem Empfänger Ansprüche gegen den „Anweisenden“ zustehen, fraglich ist nur deren Durchsetzbarkeit. Diese ist indessen nicht Gegenstand des Rechtsstreits zwischen dem Empfänger und dem „Anweisenden“. Der Richter des Kondiktionsprozesses wird gleichwohl mit dem Schluß der mündlichen Verhandlung tunlichst warten, bis sich durch ein Urteil über die Ansprüche des Empfängers gegen den „Anweisenden“ und einen Vollstreckungsversuch die Frage des Wertes der Ansprüche des Empfängers geklärt hat. Auf andere Weise wird der Empfänger, abgesehen vom Fall des Konkurses über das Vermögen des „Anweisenden“, den Beweis der Insolvenz kaum führen können.

Wird der „Angewiesene“ mit der Bereicherungsklage *abgewiesen*, da der Empfänger durch die Gegenleistung an den „Anweisenden“ entreichert sei, braucht er den Verlust nicht in jedem Fall endgültig zu tragen. Soweit er wegen der Wertlosigkeit der Ansprüche des Empfängers gegen den „Anweisenden“ mit seiner Kondiktion abgewiesen wurde, wird „Erledigung“ des Valutaverhältnisses,¹⁴⁷ d. h. im Ergebnis Erfüllungswirkung¹⁴⁸ angenommen. Erfüllung tritt hier ein, weil die Rückforderung des Zuwendungsgegenstandes vom Empfänger aus Rechtsgründen (§ 818 III) ausscheidet, der Empfänger also den Gegenstand behält, der dem Schuldinhalt des Valutaverhältnisses entspricht¹⁴⁹ und von ihm als Leistung auf das Valutaverhältnis empfangen wurde. Dem „Angewiesenen“ bleibt dann die Rückgriffskondiktion gegen den „Anweisenden“.

2. Die Rechtsfolgen des Mangels der Anweisung aufgrund einer Analogie zum Recht der Stellvertretung (§§ 170ff.)

Die oben¹⁵⁰ bereits angedeutete Analogie zwischen Anweisung und Vollmacht (§§ 164ff.) erweist sich bei den Problemen des Fehlens oder von Mängeln der Anweisung als fruchtbar. Vollmacht und Anweisung ermächtigen zur Vornahme eines Geschäfts mit Fremdwirkung gegenüber dem Ermächtigenden. Wie die Rechtswirkungen eines vom Vertreter „im Namen“ des Vertretenen abgeschlossenen Geschäfts in dessen Person eintreten, so tritt bei einer Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden in dessen Person Zwischenerwerb ein. Fehlt die Ermächtigung, so kann die Zuwendung des Angewiesenen ebenso wenig gegenüber dem Anweisenden wirken, wie das Geschäft des Vertreters gegenüber dem Vertretenen. Wer „im Namen“ eines anderen eine Zuwendung macht, behauptet konkludent das Vorliegen einer Vollmacht.¹⁵¹ Der Vertreter begründet, auch ohne ausdrückliche Zusicherung, den *Rechtsschein* des Bestehens einer Voll-

¹⁴⁷ Lorenz JuS 68, 447 N. 44.

¹⁴⁸ Pfister JR 69, 48; vgl. auch Staudinger/W. Lorenz¹² § 812 Rn. 53.

¹⁴⁹ Vgl. Sinn NJW 68, 1861.

¹⁵⁰ S. o. § 3 III 2.

¹⁵¹ Vgl. Enneccerus/Nipperdey AT § 183 I 3 (S. 1123); Flume AT II § 47, 3b (S. 802).

macht.¹⁵² Er erweckt das *Vertrauen* des Geschäftsgegners auf das Bestehen der Vollmacht und das Eintreten der Geschäftswirkungen gegenüber dem Vertretenen.¹⁵³ Die Rechtsstellung des Empfängers gegenüber einer Anweisungsleistung ohne wirksame Anweisung gleicht der des Geschäftsgegners bei Vertretung ohne Vertretungsmacht: Sein Vertrauen auf das Eintreten der Anweisungswirkungen ist zu schützen, ihm haftet der Angewiesene, soweit dieser den Rechtsschein des Vorliegens einer Anweisung erweckt hat. Die Probleme der Vertretung ohne Vertretungsmacht (bei einem Zuwendungsgeschäft) und der Zuwendung „für Rechnung“ eines anderen ohne wirksame Anweisung liegen im wesentlichen gleich. Die analoge Anwendung der Vorschriften über die Stellvertretung (§§ 164 ff.) auf die Anweisungsfälle liegt daher nahe.

a) Die Entsprechung der Fehlertatbestände

Den Fällen, in denen Rechtsprechung und Literatur ein Fehlen oder einen Mangel der *Anweisung* annehmen,¹⁵⁴ entsprechen anerkannte Fälle des Fehlens oder eines Mangels der *Vollmacht*. Anweisung wie Vollmacht können in dem Sinne fehlen, daß nie eine Ermächtigung erteilt wurde. Auch der Vertreter kann irrtümlich annehmen, bevollmächtigt zu sein, oder im Vertrauen auf eine Genehmigung des Vertretenen handeln. Besteht eine Vollmacht, so ist es wie bei der Anweisung möglich, daß der Vertreter bei Beschränkung seiner Ermächtigung auf *ein* Geschäft versehentlich zweimal abschließt oder trotz Beschränkung seiner Vollmacht auf die Zuwendung einer bestimmten Geldsumme zuviel zuwendet,¹⁵⁵ oder, obwohl er nur zum Abschluß mit einer bestimmten Person ermächtigt ist, mit einer anderen abschließt.¹⁵⁶ Diese drei Fälle werden zu dem Tatbestand der Überschreitung der Vertretungsmacht zusammengefaßt.¹⁵⁷ Auch die Vollmacht kann nichtig sein, weil sie von einem Vertreter erteilt wurde, der seinerseits keine Vertretungsmacht hatte oder zur Unterbevollmächtigung nicht befugt war,¹⁵⁸ der Vollmachtgeber geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, die Vollmacht wirksam angefochten oder widerrufen, gefälscht oder verfälscht war. Diese Übereinstimmung der Fehlertatbestände ist ein Indiz für die Rechtsähnlichkeit zwischen Anweisungsleistung und Vertretergeschäft.

b) Der interne Widerruf der extern erteilten Anweisung (analog § 170)

Ist eine Vollmacht gegenüber dem Geschäftsgegner (extern) wirksam erteilt,¹⁵⁹ so bleibt sie diesem gegenüber in Kraft, bis ihm das Erlöschen vom Vollmachtgeber

¹⁵² Vgl. Larenz AT § 32 II (S. 548).

¹⁵³ Vgl. Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 177 Rn. 1.

¹⁵⁴ S. o. IV vor 1.

¹⁵⁵ Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 177 Rn. 3, 5; Staudinger/Coing §§ 177, 178 Rn. 2.

¹⁵⁶ Hupka, S. 141.

¹⁵⁷ Hupka aaO.

¹⁵⁸ Hupka, S. 179.

¹⁵⁹ Vgl. Larenz AT § 33 Ib (S. 557); Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 170 Rn. 1.

angezeigt wird (§ 170). Mit dem Erlöschen der rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht tritt eine gesetzliche Vollmacht gleichen Inhalts an ihre Stelle. Grund dieser Regelung ist der dem Vollmachtgeber zurechenbare Rechtsschein des Fortbestehens der Vollmacht, der durch die extern erklärte Bevollmächtigung und das fortdauernde Handeln des Vertreters im Namen des Vollmachtgebers begründet wird (Rechtsscheinhaftung).¹⁶⁰ Die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins beruht neben der Erteilung der Vollmacht darauf, daß der Vollmachtgeber die Vollmacht nicht extern widerrief oder dem Geschäftspartner vom Erlöschen der Vollmacht Mitteilung machte, obwohl er dazu nach Treu und Glauben verpflichtet war.¹⁶¹ Die Befugnis, auch die extern erteilte Vollmacht intern zu widerrufen (§§ 168 S. 3, 167 I), schützt den Vollmachtgeber nicht vor der Rechtsscheinhaftung nach § 170. Diese entfällt jedoch, wenn der Geschäftspartner bösgläubig und daher nicht schutzwürdig ist (§ 173). *Die Regelung der §§ 170, 173 ist auf die Anweisung als eine vollmachtsähnliche Ermächtigung zu übertragen.*¹⁶² Auch die Anweisung kann analog §§ 168 S. 3, 167 I gegenüber dem Angewiesenen (direkt, d. h. intern) oder gegenüber dem Empfänger (indirekt, d. h. extern) erklärt und in beiden Fällen wiederum gegenüber dem Angewiesenen (intern) oder dem Empfänger (extern) widerrufen werden. *Wilhelm*¹⁶³ lehnt einen Widerruf der extern erklärten Anweisung durch Erklärung gegenüber dem Angewiesenen ab. Er geht von dem Grundsatz aus, daß eine Erklärung gegenüber einer bestimmten Person nicht durch die Widerrufserklärung gegenüber einem Dritten in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt werden kann, daß der *contrarius actus* denselben Adressaten haben muß wie der *actus*. Von diesem Grundsatz machen freilich die §§ 168 S. 3, 167 I für den Widerruf der Vollmacht eine Ausnahme, und diese Regelung gilt aufgrund der Analogie zur Vollmacht auch für die Anweisung, zumal sie durch § 790 S. 1, wie immer dieser zustande gekommen sein mag,¹⁶⁴ bestätigt wird. Den notwendigen Schutz des gutgläubigen Geschäftspartners, des Empfängers bei der Anweisung, gewähren die §§ 170ff. Hat der Anweisende die Anweisung gegenüber dem Empfänger (extern) wirksam erteilt, und hat er sie gegenüber dem Angewiesenen (intern) widerrufen, so ist der Fall des § 170 gegeben. Der Empfänger darf, wie der Geschäftspartner bei der Vollmacht, erwarten, daß die Anweisung ihm gegenüber widerrufen oder ihm das Erlöschen der Anweisung mit-

¹⁶⁰ Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 134f.; Larenz AT § 33 Ib (S. 557).

¹⁶¹ Vgl. Canaris aaO.

¹⁶² Ebenso Wilhelm AcP 175 (1975), 322ff. Auf den Rechtsgedanken der §§ 170ff. beruft sich auch U. Meyer, S. 116.

¹⁶³ AcP 175 (1975), 339f.

¹⁶⁴ Die entsprechenden Vorschriften im Vorentwurf (Schuldverhältnisse I Abschn. II Tit. 4 § 231) und Entwurf I § 612 erklärten den Widerruf der Anweisung in den in § 790 S. 1 BGB genannten Grenzen für zulässig, ohne den Adressaten des Widerrufs zu nennen. Dieser wurde erst in der 2. Kommission und ohne Begründung in die Formulierung aufgenommen (Prot. Mugdan II, 966). Darauf macht Wilhelm (AcP 175, 1975, 340) aufmerksam. Besteht demzufolge die wesentliche Bedeutung des § 790 S. 1 BGB auch darin, den Widerruf nach Annahme oder Vollzug der Anweisung auszuschließen, so ging der Gesetzgeber doch von der Möglichkeit eines *internen* Widerrufs der nach § 783 *extern* erteilten Anweisung aus.

geteilt wird. Andernfalls ist sein Vertrauen auf deren Fortbestehen, das sich auf das Handeln des Angewiesenen „für Rechnung“ des Anweisenden und die ihm gegenüber erklärte Anweisung stützt, zu schützen. Der Rechtsschein einer wirksamen Anweisung ist dem Anweisenden zurechenbar, da er die Anweisung zwar extern erklärt, aber nicht ebenso widerrufen oder dem Empfänger das Erlöschen der Anweisung mitgeteilt hat. Es tritt demnach analog §§ 170, 173 eine Rechtsscheinhaftung des Anweisenden ein, kraft deren die Anweisung *dem Empfänger gegenüber* in Kraft bleibt, bis er von dem Widerruf Kenntnis erhält oder das Erlöschen der Anweisung für ihn „evident“ wird.¹⁶⁵

Mit dem Gesichtspunkt der *Kenntnis des Empfängers* von dem Mangel der Anweisung wissen Rechtsprechung und Lehre bis heute wenig anzufangen.¹⁶⁶ In drei einschlägigen Entscheidungen¹⁶⁷ wies der BGH im Rahmen der Urteilsgründe darauf hin, daß der Empfänger den Mangel der Anweisung kannte, und gab im Ergebnis der Bereicherungsklage des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger statt. In einem früher ergangenen Urteil¹⁶⁸ wies das Gericht die Bereicherungsklage des „Angewiesenen“ ab und bemerkte, in diesem Sinne sei zumindest dann zu entscheiden, wenn der Empfänger von dem Mangel der Anweisung *keine* Kenntnis habe.¹⁶⁹ Es ist nicht zu erkennen, ob (auch) die Gutgläubigkeit oder Bösgläubigkeit des Empfängers *ratio decidendi* war oder ob allein die Eigenart des vorliegenden Anweisungsmangels den Ausschlag gab. *Medicus*¹⁷⁰ urteilt vorsichtig: Nach der neuesten Entscheidung¹⁷¹ „spreche wohl mehr dafür“, daß es dem BGH auf den Anweisungsmangel ankam. „Die Unredlichkeit des Empfangs wäre dann gleichgültig“. Dies ist der Standpunkt von *Putzo*.¹⁷² Er behandelt den Mangel der Anweisung als bloßen Mangel des kausalen Deckungsverhältnisses,¹⁷³ der nach dem Abstraktionsprinzip die Wirksamkeit der dinglichen Zuwendung des „Angewiesenen“ an den Empfänger nicht berührt. Auch die *Kenntnis* des Empfängers von einem Mangel des Kausalverhältnisses steht dem dinglichen Erwerb nicht entgegen. „Die Folge aus alledem ist, daß die Durchgriffskondition auch dann zulässig ist, wenn der Drittempfänger den Mangel der Deckungsbeziehung kennt. Nicht guter Glaube entscheidet, sondern das Faktum der vollzogenen Leistung“.¹⁷⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung geht es darum, ob eine Anweisungswirkung kraft Rechtsscheins und damit eine *Kondition innerhalb der Kausalverhältnisse* trotz Bösgläubigkeit des Empfän-

¹⁶⁵ Nur bei „Evidenz“ nehmen Bösgläubigkeit des Geschäftsgegners an: Flume AT II § 50, 3 (S. 844 f.) und Frotz, S. 283 f. Strengere Anforderungen an den guten Glauben stellt Canaris, Vertrauenshaftung, S. 505 f.

¹⁶⁶ Das Problem ist angedeutet bei Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 807, 818.

¹⁶⁷ BGH 66, 362; 66, 372; 67, 75 (78 f.).

¹⁶⁸ BGH 61, 289.

¹⁶⁹ AaO, S. 293; vgl. auch den Leitsatz.

¹⁷⁰ Rn. 677.

¹⁷¹ BGH 69, 186 (190).

¹⁷² S. 181 f.

¹⁷³ Dagegen s.o. 1 b, aa α.

¹⁷⁴ Putzo, S. 182/183.

gers möglich ist und ob die Richtung der Leistungen (Direkterwerb des Empfängers vom „Angewiesenen“ oder Durchgangserwerb des „Anweisenden“) vom guten Glauben des Empfängers abhängt.

Die hier vertretene Analogie zum Recht der Stellvertretung zeigt die Bedeutung des guten Glaubens für den dem Empfänger zu gewährenden Vertrauensschutz: Hat der „Anweisende“ in zurechenbarer Weise den Rechtsschein einer wirksamen Anweisung gesetzt, treten also grundsätzlich analog §§ 170 ff. die Anweisungswirkungen ein, so entfällt doch die Vertrauenshaftung des „Anweisenden“ bei Bösgläubigkeit des Empfängers analog § 173.

Die *Einschränkung* der Fortwirkung der Vollmacht in § 170 *auf das Verhältnis des Vollmachtgebers zum Geschäftsgegner* erklärt sich daraus, daß nur ihm gegenüber der Rechtsschein einer Vollmacht besteht und nur er auf ihn vertraut. Der Vertreter hingegen ist nicht schutzwürdig, auch wenn er von dem ihm zugegangenen und damit wirksamen Widerruf (§ 130 I 1) nichts weiß, denn er konnte – dies liegt im Begriff des Zugangs der Erklärung¹⁷⁵ – von ihm unter gewöhnlichen Umständen Kenntnis nehmen und es war zu erwarten, daß er dies tun würde. Der ihm gegenüber in diesem Fall noch bestehende Rechtsschein einer Vollmacht ist dem Vollmachtgeber daher nicht mehr zurechenbar. Das Fortbestehen der Vollmacht allein gegenüber dem Geschäftsgegner bedeutet, daß § 170 dem Vollmachtgeber Schadensersatzansprüche gegen den Vertreter wegen des unbefugten Vertretergeschäfts nicht abschneidet. Analog § 170 besteht auch die widerrufene *Anweisung* nur im Verhältnis des „Anweisenden“ zum Empfänger fort.¹⁷⁶ Der trotz Widerrufs leistende „Angewiesene“ handelt „auf seine Gefahr“.¹⁷⁷ Ein Unterschied zwischen Vertretergeschäft und Anweisungsleistung besteht freilich insofern, als diese auch im Verhältnis des „Angewiesenen“ (Vertreters) zum „Anweisenden“ (Vertretenen) eine Rechtswirkung entfalten soll. Bleibt also die widerrufene Anweisung analog § 170 allein im Verhältnis des „Anweisenden“ zum Empfänger wirksam, so kann die *volle* Anweisungswirkung einer vom „Angewiesenen“ über den „Anweisenden“ zum Empfänger führenden Zuwendungskette *nicht* eintreten. Daß auch eine Zuwendung des „Angewiesenen“ an den „Anweisenden“ angenommen wird, ist zum Schutz des Empfängers nicht erforderlich,¹⁷⁸ kann aus dem Gedanken der Rechtsscheinhaftung und des Vertrauensschutzes nicht gerechtfertigt werden und geht über die in § 170 angeordnete Rechtsfolge hinaus. Daher ist nur im Verhältnis des Empfängers zum „Anweisenden“ als Wirkung der fortbestehenden Anweisung eine Zuwendung des „*Anweisenden*“ an den Empfänger, im Verhältnis des „Angewiesenen“ zum „Anweisenden“ hingegen eine (direkte) Zuwendung des „*Angewie-*

¹⁷⁵ Vgl. Palandt/Heinrichs § 130 Anm. 2a; Larenz AT § 21 II (S. 369).

¹⁷⁶ So im Ergebnis auch Wilhelm AcP 175 (1975), 342 f., und v. Tuhr JhJ 48 (1905), 30 N. 35, der bei einseitigem Widerruf der Anweisung gegenüber dem Angewiesenen die *Empfangsermächtigung des Empfängers* für sich fortbestehen läßt und *deshalb* die Anweisungswirkung auf das Verhältnis des „Anweisenden“ zum Empfänger beschränkt (ebenso U. Meyer, S. 112 f.).

¹⁷⁷ Vgl. Mot. Mugdan II, 316.

¹⁷⁸ Vgl. Wilhelm AcP 175 (1975), 342/343.

senen“ an den Empfänger anzunehmen, die dem „Anweisenden“ nur mittelbar zugute kommt.

Damit allein ist jedoch der Vertrauensschutz zugunsten des Empfängers nicht gewährleistet. Er erfordert darüber hinaus einmal, daß der Empfänger auch im Verhältnis zum „Angewiesenen“ eine Leistung des „Anweisenden“ empfangen hat, eine Kondiktion des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger also ausgeschlossen ist. Dieses „Durchgriffsverbot“ ist durch eine Rechtsscheinshaftung des „Angewiesenen“ gerechtfertigt. Auch er hat durch sein Auftreten den Rechtsschein einer wirklichen Anweisung erweckt.¹⁷⁹ Weiter ist im Verhältnis des Empfängers zum „Anweisenden“ davon auszugehen, daß die *Tilgungsbestimmung* des „Anweisenden“ auf das Valutaverhältnis für die Zuwendung an den Empfänger wirksam ist. Auf diese Weise werden die Rechtsfolgen des § 170 an die besonderen Gegebenheiten der Anweisungsleistung angepaßt.

Danach tritt im Valutaverhältnis Erfüllung ein oder es steht – bei einem Mangel des Valutaverhältnisses – dem „Anweisenden“ eine Leistungskondiktion gegen den Empfänger zu. Die im Verhältnis des „Angewiesenen“ zum „Anweisenden“ anzunehmende Zuwendung des „Angewiesenen“ an den Empfänger begründet eine *Kondiktion* des „Angewiesenen“, die an sich gegen den Empfänger gerichtet ist. Dem Empfänger gegenüber muß der „Angewiesene“ jedoch die Zuwendung als Zuwendung des „Anweisenden“ mit Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis gelten lassen. Die Kondiktion des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger ist daher ausgeschlossen. Der „Angewiesene“ kann nur vom „Anweisenden“ kondizieren, was dieser durch die Zuwendung an den Empfänger mittelbar empfing: die Befreiung von seiner Schuld gegenüber dem Anweisenden oder, bei nichtigem Valutaverhältnis, die Leistungskondiktion gegen den Empfänger. Im ersten Fall geht der Anspruch des „Angewiesenen“ auf Wertersatz (§ 818 II), im zweiten auf Abtretung der Kondiktion (§ 818 I). Der *Erfüllungsanspruch* des „Anweisenden“ im Deckungsverhältnis bleibt bestehen. Falls der „Angewiesene“ ihm – was die Ausnahme ist¹⁸⁰ – einen individuellen Gegenstand schuldet, die Leistung dem „Angewiesenen“ also unmöglich geworden ist, wenn der Empfänger den Gegenstand behalten darf, so kann der „Anweisende“ wählen zwischen einer Genehmigung (analog §§ 177 I, 184 I),¹⁸¹ die auch zwischen ihm und dem „Angewiesenen“ eine Anweisungsleistung zustande bringt, oder einer Abwicklung des Deckungsverhältnisses nach §§ 275 ff., 323 ff.

Die Rechtsstellung des „Anweisenden“ als Kondiktionsschuldner des „Angewiesenen“ hängt im einzelnen davon ab, wem von beiden im Innenverhältnis die Leistung trotz fehlender Anweisung, die die Haftung des „Anweisenden“ gegenüber dem Empfänger begründet, als „Fehler“ anzulasten ist. Im vorliegenden Fall ist es der „Angewiesene“, der den ihm gegenüber erklärten Widerruf der Anweisung übersah oder mißachtete. Möglicherweise leistet jedoch der „Angewiesene“ im gu-

¹⁷⁹ S. u. unter j, bb.

¹⁸⁰ Köndgen, Festg. f. Esser, S. 74.

¹⁸¹ Dazu s. u. unter j, aa.

ten Glauben an die Wirksamkeit der Anweisung, diese wird später wegen Irrtums rückwirkend angefochten (§§ 119f., 142 I) und die Rechtsscheinshaftung tritt ein. Hier liegt der „Fehler“ beim „Anweisenden“. In aller Regel jedoch ist eine Pflichtverletzung des „Angewiesenen“ gegeben, hat im Verhältnis zum „Angewiesenen“ der „Anweisende“ die „Anweisungsleistung“ *nicht* zurechenbar veranlaßt. *Für diesen Fall gilt:* Ist das Valutaverhältnis wirksam und tritt gegen den Willen des „Anweisenden“ Befreiung ein, so kann er gegenüber der Kondiktion des „Angewiesenen“ nach den Grundsätzen über die aufgedrängte Bereicherung¹⁸² geltend machen, daß die Befreiung *ihm* „unter Berücksichtigung seiner Vermögensplanung“¹⁸³ einen geringeren Nutzen bringt, als dem Wert des aufgewendeten Leistungsgegenstands entspricht. Zudem sind dem „Anweisenden“, der durch die Zuwendung des „Angewiesenen“ zwar von der Forderung des Empfängers befreit, aber zugleich der Kondiktion des „Angewiesenen“ ausgesetzt wird, gegen diese Kondiktion analog §§ 404, 406 die Einwendungen und Aufrechnungsmöglichkeiten zu gewähren, die ihm gegenüber dem Anspruch des Empfängers zustanden. Diese Analogie zur Abtretung ist für die Rückgriffskondiktion bei der Drittleistung auf fremde Schuld nach § 267 anerkannt.¹⁸⁴ Sie besteht auch hier, da es für den „Anweisenden“ bei Eintreten der Erfüllung im Valutaverhältnis keinen Unterschied macht, ob der „Angewiesene“ auch auf das Deckungsverhältnis leistet und ob im Valutaverhältnis er selbst oder der „Angewiesene“ (der Dritte) als Zuwendender erscheint. Von Vorteil für den „Anweisenden“ ist schließlich die Möglichkeit, sich bei einem Mangel des Valutaverhältnisses durch Abtretung der Kondiktion gegen den Empfänger von dem Anspruch des „Angewiesenen“ zu befreien, während der „Angewiesene“ das Risiko der Entreicherung und der Insolvenz des „Anweisenden“ *und* des Empfängers zu tragen hat (Kondiktion der Kondiktion).¹⁸⁵ Diese Benachteiligung des „Angewiesenen“ ist jedoch gerechtfertigt. Sie entspricht dem Vertrauensschutz nach § 170, der zunächst durch die Fortgeltung der Vollmacht und die Wirksamkeit des Vertretergeschäfts gegenüber dem Vertretenen den Geschäftsgegner auf Kosten des Vertretenen schützt, aber erkennbar davon ausgeht, daß der Vertretene aus seinem Verhältnis zum Vertreter, wenn dieser zumindest fahrlässig handelt, Ersatz aller ihm aus dem Handeln des Vertreters erwachsenden Nachteile erlangen kann. Zwischen der direkten Anwendung des § 170 auf die Stellvertretung und der analogen Anwendung auf die Anweisungsleistung besteht nur der Unterschied, daß der „Anweisende“ nicht erst Schadensersatzansprüche gegen den „Angewiesenen“ geltend zu machen braucht, sondern daß ihm ein vorbeugender Schutz gewährt wird. Nachteile durch den Verlust von Gegenrechten aus dem Valutaverhältnis entstehen dem „Anweisenden“ nicht. Er ist auch nicht mit der Durchsetzung der Kondiktion gegen den Empfänger belastet. Ergeben sich sonst aufgrund der Zuwendung des „Angewiese-

¹⁸² Vgl. Larenz SchR II § 70 II (S. 513 ff.); Medicus Rn. 899; Koppensteiner/Kramer, S. 177f. (jeweils m. Nachw.).

¹⁸³ Larenz aaO, S. 515.

¹⁸⁴ Vgl. Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 845 (m. Nachw.).

¹⁸⁵ Zu den Nachteilen der „Kondiktion der Kondiktion“ s. o. § 4 III 2 b, aa.

nen“ Vermögensnachteile für den „Anweisenden“, so kann dieser sich gegenüber der Kondition des „Angewiesenen“ auf Entreicherung berufen (§ 818 III). Dieser besondere Schutz des „Anweisenden“ ist nicht nur eine formale Konsequenz der Analogie zu § 170, nach der die Anweisung nur im Verhältnis des Empfängers zum „Anweisenden“ wirksam bleibt, sondern entspricht dem Grundgedanken des in dieser Vorschrift gewährten Vertrauensschutzes, nach dem der Geschäftsgegner letztlich auf Kosten des *Vertreters* geschützt wird, wenn durch dessen „Fehler“ die Haftung des Vertretenen gegenüber dem Geschäftsgegner herbeigeführt wird. Da die Wirkungen des *Vertretergeschäfts* in aller Regel nur den Geschäftsgegner und den Vertretenen betreffen, belastet der Schutz des Geschäftsgegners durch das Fortbestehen der Vollmacht zunächst den Vertretenen, überläßt es ihm, beim Vertreter Regreß zu nehmen. Weil aber die Wirkungen der *Anweisungsleistung* („Vertretergeschäft“) auch das Verhältnis des „Angewiesenen“ („Vertreters“) zum „Anweisenden“ („Vertretenen“) berühren, ist dieses Rechtsverhältnis durch die Vertrauenshaftung von vornherein so zu gestalten, daß dem „Anweisenden“ kein Nachteil erwächst.

c) Der Widerruf nach Kundgabe der Anweisung (analog § 171)

Teilt jemand durch besondere Erklärung einem Dritten mit, daß er einen anderen bevollmächtigt hat, so ist dieser aufgrund der Mitteilung dem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt (§ 171 I). Die Vertretungsmacht bleibt bestehen, bis die Mitteilung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird (§ 171 II). Der Vollmachtgeber teilt also dem Geschäftsgegner (extern) mit, daß er intern Vollmacht erteilt hat. Diese Mitteilung ist keine Willenserklärung im Sinne einer „Geltungserklärung“¹⁸⁶ und soll keine externe Vollmacht (§ 167 I) begründen. Daher beruht die bei einem Mangel der internen Bevollmächtigung durch sie begründete Vertretungsmacht nicht auf Rechtsgeschäft, sondern auf der Rechtsscheinhaftung des Vollmachtgebers,¹⁸⁷ ist eine gesetzliche, aber „vollmachtsgleiche“ Vertretungsmacht.¹⁸⁸ Rechtsscheinstatbestand ist die Mitteilung der Bevollmächtigung, nach der das Auftreten des Vertreters „im Namen“ des Mitteilenden gerechtfertigt erscheint. Der Rechtsscheinstatbestand ist dem Vollmachtgeber zuzurechnen, da die Mitteilung von ihm stammt. Hinzu kommt, falls er den Mangel der Vollmacht kannte oder kennen mußte, daß er es versäumt hat, den Geschäftsgegner davon in Kenntnis zu setzen. Auch hier haftet der Vollmachtgeber nur, soweit der Geschäftsgegner auf das Bestehen der Innenvollmacht vertraut und sein Vertrauen schutzwürdig ist, da er den Mangel der Vollmacht nicht kennt und seine Unkenntnis nicht auf Fahrläs-

¹⁸⁶ Vgl. Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 171 Rn. 1; Larenz AT § 33 Ia (S. 553).

¹⁸⁷ H.M.: Vgl. Larenz AT § 33 Ia (S. 552f.); Enneccerus/Nipperdey AT § 184 II 3 (S. 1132ff.); Staudinger/Coing §§ 171, 172 Rn. 2; Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 171 Rn. 2; Wellspacher, S. 79ff., 83ff. a.A.: Flume AT II § 49, 2c, S. 825ff. (gegen ihn Canaris, Vertrauenshaftung, S. 32ff.; Larenz aaO, S. 553).

¹⁸⁸ Larenz aaO (S. 553); Enneccerus/Nipperdey AT § 184 II 3a (S. 1132f.); Frotz, S. 514; Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 171 Rn. 1, 2.

sigkeit beruht (§ 173). Das Fortbestehen der Vollmacht im Verhältnis zum Empfänger der Mitteilung (Geschäftsgegner) bis zum Widerruf ihm gegenüber entspricht dem Vertrauensschutz bei externer Erteilung der Vollmacht nach § 170.¹⁸⁹

Auch §§ 171, 173 sind auf die Anweisung entsprechend anzuwenden, da diese eine vollmachtsähnliche Ermächtigung zu einem Geschäft mit Fremdwirkung gegenüber dem Anweisenden ist. Daß § 171 als Ausnahmenvorschrift einer Analogie unzugänglich sei, ist, wie Frotz¹⁹⁰ ausführlich begründet hat, ein Vorurteil. Die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes nach § 171 sind erfüllt, wenn der „Anweisende“ dem Empfänger mitgeteilt hat, er habe einen anderen angewiesen. Die Rechtsfolgen des Vertrauensschutzes sind dieselben wie bei § 170.¹⁹¹ Sie treten nicht ein, wenn der Empfänger das Erlöschen der Anweisung kennt oder kennen muß (analog § 173).

d) Die Vorlegung einer Anweisungsurkunde (analog § 172)

Nach § 172 I steht es der besonderen Mitteilung einer Bevollmächtigung durch den Vollmachtgeber gleich, wenn dieser dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt hat und der Vertreter sie einem Dritten vorlegt. Die Vertretungsmacht bleibt bestehen, bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird (§ 172 II). *Auch diese Vorschrift ist auf die Anweisung wegen deren Vollmachtsähnlichkeit analog anzuwenden*. Es ist nach dem Gesetz (vgl. § 783) wie im Rechtsverkehr die Regel, daß der Anweisende dem Empfänger eine Urkunde über die Anweisung, insbesondere einen Wechsel oder Scheck, aushändigt. Es liegt damit zwar nicht genau der Fall des § 172 vor: Die Urkunde wird dem Empfänger (Geschäftsgegner), nicht dem Angewiesenen (Vertreter) ausgehändigt. Doch muß hier die Rechtsfolge des § 172 erst recht gelten, da das Vertrauen des Empfängers bei „Vorlegung“ der Anweisungsurkunde durch den Anweisenden selbst in noch höherem Maß schützenswert ist (arg. a maiore). Ist die Anweisung gegenüber dem Angewiesenen wirksam angefochten oder widerrufen und leistet dieser gleichwohl bei Vorlage der Urkunde an den Empfänger, so greift die Rechtscheinhaftung des § 172 ein. Im Verhältnis des Anweisenden zum Empfänger tritt kraft Gesetzes die Anweisungswirkung ein. Die Valutaschuld erlischt durch Erfüllung (§ 362 I) oder es erwächst dem Anweisenden eine Leistungskondition gegenüber dem Empfänger. Der Angewiesene kondiziert vom Anweisenden die diesem mittelbar zugeflossene Bereicherung. Diese Rechtsfolgen wurden oben¹⁹² ausführlich dargestellt. Analog § 173 entfällt die Haftung des Anweisenden, wenn der Empfänger das Erlöschen der Anweisung bei Entgegennahme der Anweisungsleistung kennt oder kennen muß. Die Abwicklung findet dann zwischen dem „Angewiesenen“ und dem Empfänger statt.¹⁹³

¹⁸⁹ Vgl. Larenz AT § 33 Ib (S. 575); Canaris, Vertrauenshaftung, S. 134f. Zu § 170 s.o. unter b.

¹⁹⁰ S. 289f. m. Nachw.

¹⁹¹ S.o. unter b.

¹⁹² S.o. unter b.

¹⁹³ S.u. unter k, bb.

e) Die Analogie zur Duldungsvollmacht

Nach h. M. besteht Vertretungsmacht auch ohne interne Erteilung, wenn jemand wiederholt als Vertreter eines anderen auftritt, dieser sein Auftreten kennt und nicht dagegen einschreitet, obwohl es ihm möglich wäre, und der Geschäftsgegner daraus auf das Bestehen einer intern erteilten Vertretungsmacht *schließt* (Duldungsvollmacht).¹⁹⁴ Schon das Dulden des Vertreterhandelns in *einem* Präzedenzfall läßt unter Umständen diesen Schluß zu.¹⁹⁵ Entgegen der wohl überwiegenden Meinung, die einen rechtsgeschäftlichen Tatbestand annimmt,¹⁹⁶ ist die Duldungsvollmacht eine gesetzliche Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins analog § 171 (öffentliche Bekanntmachung einer Innenvollmacht).¹⁹⁷ Rechtsscheinstatbestand ist nicht allein die im Auftreten des Vertreters liegende ausdrückliche oder konkludente Behauptung einer Vollmacht,¹⁹⁸ die – wie §§ 177 ff. zeigen – eine Rechtsscheinshaftung des *Vertretenen* nicht begründen kann, sondern das *Dulden* des Vertreterhandelns, das den Anschein einer bestehenden Innenvollmacht erweckt. Dieser Rechtsscheinstatbestand ist dem Vertretenen zurechenbar, da er ihn wissentlich setzt. Auch die Duldungsvollmacht ist auf das Verhältnis des Vertretenen zum Geschäftsgegner beschränkt (vgl. § 171). Sie ist nur dann anzunehmen, wenn der Geschäftsgegner auf das Bestehen der Vollmacht vertraut und vertrauen darf (analog § 173).

Die Lehre von der Duldungsvollmacht ist auf die Anweisung zu übertragen. Dies ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Anweisung typischerweise nur *eine* Zuwendung betrifft, der Wiederholungsfall also selten eintritt. Ein der Duldungsvollmacht entsprechender Tatbestand kann freilich eher eintreten, wenn im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis Dauerschuldverhältnisse, Wiederkehrschuldverhältnisse oder Sukzessivlieferungsverträge vorliegen, die durch eine Reihe von „Anweisungsleistungen“ erfüllt werden. Dann ist im Verhältnis des „Anweisenden“ zum Empfänger eine Anweisung *kraft Rechtsscheins* anzunehmen, falls nicht das Hinnehmen der Zuwendung des „Angewiesenen“ als Erfüllung der Deckungsschuld und damit als Anweisungsleistung den ErklärungsWert einer intern erteilten *rechtsgeschäftlichen* Anweisung hat.¹⁹⁹ Die Rechtsfolgen entsprechen denen der analog § 170 bestehenden Anweisung.²⁰⁰

¹⁹⁴ Vgl. BGH LM § 167 Nr. 4, 13; BGH NJW 56, 460; BGH VersR 71, 227; München OLGZ 69, 417; Staudinger/Coing § 169 Rn. 9e; Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 167 Rn. 21, 23 ff.; Palandt/Heinrichs §§ 170 ff. Anm. 4b, aa; Larenz AT § 33 I a (S. 555); Flume AT II § 49, 3 (S. 828 ff.); Canaris, Vertrauenshaftung, S. 40 ff.

¹⁹⁵ Palandt/Heinrichs §§ 170 ff. Anm. 4b, bb.

¹⁹⁶ Vgl. BGH LM § 167 Nr. 4; Staudinger/Coing, Palandt/Heinrichs, Flume aaO.

¹⁹⁷ Vgl. Canaris, Larenz, Soergel/Schultze-v. Lasaulx aaO.

¹⁹⁸ Mot. I, 243; Enneccerus/Nipperdey AT § 183 I 3 (S. 1123); Larenz AT § 32 II (S. 548); Flume AT II § 47, 3b (S. 801); Hupka, S. 178 f.; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 545.

¹⁹⁹ Vgl. zur Duldungsvollmacht Larenz AT § 33 I a (S. 555).

²⁰⁰ S. o. unter b.

f) Die Analogie zur Anscheinsvollmacht

Auch die Lehre von der Anscheinsvollmacht gilt für die Anweisung. Ihr Tatbestand unterscheidet sich von dem der Duldungsvollmacht nur darin, daß der Vertreter das Auftreten des Vertreters nicht kennt, aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt²⁰¹ hätte erkennen und verhindern können.²⁰² Auch wird eine gewisse Dauer oder Häufigkeit des Vertreterhandelns vorausgesetzt.²⁰³ Die Anscheinsvollmacht ist im Schrifttum umstritten, wird z.T. auf das Handelsrecht beschränkt²⁰⁴ oder abgelehnt.²⁰⁵ Der Frage, ob eine Anscheinsvollmacht anzuerkennen ist, kann an dieser Stelle nicht nachgegangen werden. Die Übertragung der Grundsätze über die Anscheinsvollmacht auf entsprechende Fälle der Anweisung hingegen ist unproblematisch. Auch nach der Lehre von der Anscheinsvollmacht ist die Anweisung nur bei Gutgläubigkeit des Empfängers²⁰⁶ und nur im Verhältnis des „Anweisenden“ zum Empfänger wirksam. Die Rechtsfolgen entsprechen im übrigen denen der analog § 170 bestehenden Anweisung.²⁰⁷

g) Die Anweisung des Geschäftsunfähigen und des beschränkt Geschäftsfähigen

Die Anweisung des *Geschäftsunfähigen* ist als Rechtsgeschäft²⁰⁸ nach §§ 104 ff. unwirksam. Daher fehlt es an einer Ermächtigung des „Angewiesenen“, an den Empfänger „für Rechnung“ des Geschäftsunfähigen zu leisten, und an einer wirksamen Tilgungsbestimmung des Geschäftsunfähigen auf das Valutaverhältnis.²⁰⁹ Falls einer der Tatbestände der §§ 171 ff. gegeben ist, tritt keine Anweisungswirkung kraft Vertrauenshaftung des Geschäftsunfähigen ein, da ihm die Setzung des Rechtsscheinstatbestandes nicht zugerechnet werden kann.²¹⁰ Damit bleibt nur eine Abwicklung der Leistung im Verhältnis des „Angewiesenen“ zum Empfänger.²¹¹ Sie ist nach der einen Ansicht²¹² im Interesse des Geschäftsunfähigen erforderlich,

²⁰¹ Vgl. BGH 5, 116; BGH NJW 56, 1673; Palandt/Heinrichs §§ 170 ff. Anm. 4 c, bb.

²⁰² Zur Anscheinsvollmacht vgl. BGH LM § 167 Nr. 4; Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 167 Rn. 23 ff.; RGRK (Kuhn) § 167 Anm. 6; Palandt/Heinrichs §§ 170 ff. Anm. 4 c, aa.

²⁰³ Vgl. BGH LM § 167 Nr. 4; BGH NJW 56, 1674; BGH VersR 65, 134; Palandt/Heinrichs §§ 170 ff. Anm. 4 c, bb.

²⁰⁴ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 48 ff.

²⁰⁵ *Kritisch*: Flume AT II § 49, 4 (S. 832 ff.). *Ablehnend*: Larenz AT § 33 Ia (S. 556 f.).

²⁰⁶ Vgl. zur Anscheinsvollmacht: BGH NJW 58, 2062; BGH WM 76, 74; Palandt/Heinrichs §§ 170 ff. Anm. 4 c, bb.

²⁰⁷ S. o. unter b.

²⁰⁸ S. o. § 3 I 3.

²⁰⁹ Vom Fehlen der Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis gehen aus: Lorenz AcP 168 (1968), 302 und JuS 68, 447; Canaris BB 72, 778 und Festschr. f. Larenz, S. 821; Möschel JuS 72, 302; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 69; U. Meyer, S. 118.

²¹⁰ Für die analoge Anwendung der §§ 104 ff. auf die Zurechnung des Rechtsscheinstatbestands Canaris, Vertrauenshaftung, S. 452 f.

²¹¹ Dazu s. u. unter k, bb.

²¹² Palandt/Thomas § 812 Anm. 5 Bb, bb; Erman/H.P. Westermann § 812 Rn. 22; Mühl NJW 68, 1869; Pfister JR 69, 49.

nach der anderen Ansicht²¹³ wegen der Schutzwürdigkeit des Geschäftsunfähigen abzulehnen. Die Durchgriffskondition des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger kann für den Geschäftsunfähigen von Nachteil sein, wenn er im Deckungsverhältnis seine Gegenleistung an den „Angewiesenen“ bereits erbracht hat.²¹⁴ Seinem Rückgewähranspruch steht dann kein Anspruch des „Angewiesenen“ wegen der gescheiterten Anweisungsleistung gegenüber und er läuft ohne die Sicherheit der gegenseitigen Abwicklung (Saldotheorie, Zurückbehaltungsrechte, Aufrechnungsmöglichkeiten) Gefahr, im Konkurs des „Angewiesenen“ nur die Quote zu erhalten, während dieser seinen Anspruch gegen den Empfänger unbehindert geltend machen kann. Diese Rechtslage braucht man indessen nicht als eine „notwendige Konsequenz“ der Geschäftsunfähigkeit des Anweisenden hinzunehmen,²¹⁵ vielmehr kann in allen Fällen, in denen eine Abwicklung innerhalb der Kausalverhältnisse für den Geschäftsunfähigen günstiger wäre, dessen gesetzlicher Vertreter die Anweisungsleistung genehmigen (analog § 177).²¹⁶ Im übrigen ist die Abwicklung zwischen dem „Angewiesenen“ und dem Empfänger durch die Zuwendung zwischen ihnen und das Fehlen einer Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis vorgezeichnet. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch den Vergleich mit der Abwicklung einer (nicht abgekürzten) Zuwendungskette:²¹⁷ Ist der Ersterwerber geschäftsunfähig, so sind beide Übereignungsgeschäfte nichtig und der Veräußerer vindiziert vom Zweiterwerber (§ 985). Tritt an die Stelle der Vindikation, z. B. nach §§ 946 ff., 951, ein Bereicherungsanspruch des Veräußerers, richtet auch er sich unmittelbar gegen den Zweiterwerber.²¹⁸

Die Anweisung des *beschränkt Geschäftsfähigen* ist wirksam, wenn er durch sie „lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt“ (§ 107). Die Wirksamkeit der Anweisung hängt also von der Anweisungswirkung für den Minderjährigen ab. Nach der hier vertretenen Auffassung hat die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden die Wirkung einer über den Anweisenden laufenden *Leistungskette*. Wendet der Angewiesene den Leistungsgegenstand direkt dem Anweisenden (Minderjährigen) zu, so erwirbt dieser den Gegenstand nach § 107. Die Schuld des Angewiesenen wird durch die Leistung an den beschränkt geschäftsfähigen Gläubiger jedoch *nicht* erfüllt.²¹⁹ Die Leistung des Angewiesenen verfehlt ihren Zweck. Daher steht ihm gegen den Anweisenden (Minderjährigen) die Leistungskondition zu. Dieser verliert das erworbene Eigentum nicht an den Empfänger, da sein Veräußerungsgeschäft nach §§ 107, 108 unwirksam ist. Dasselbe gilt, wenn die Leistungskette auf abgekürztem Weg durch die *Anweisungsleistung* vollzogen wird. Da der beschränkt geschäftsfähige Anweisende also durch die Anwei-

²¹³ Heck SchR § 144 I 5 (S. 432); Wetzel, S. 67.

²¹⁴ Vgl. U. Meyer, S. 119 f.; Wetzel, S. 67.

²¹⁵ So jedoch U. Meyer aaO.

²¹⁶ S. u. unter k, aa.

²¹⁷ U. Meyer aaO.

²¹⁸ Vgl. Lorenz JZ 68, 51; H.P. Westermann JuS 68, 19; U. Meyer aaO.

²¹⁹ Vgl. Lorenz SchR I § 18 I (S. 194 f.); Enneccerus/Lehmann SchR § 60 II 3 (S. 253); Fikentscher SchR § 38 II 6 e (S. 161).

sungsleistung seine Forderung im Deckungsverhältnis nicht verliert, das Eigentum am Leistungsgegenstand und damit die Vindikation gegen den Empfänger erwirbt, bringt die Anweisung ihm nur rechtlichen Vorteil. Sie ist damit nach § 107 wirksam.²²⁰

h) Die Fälschung der Anweisung

Es besteht im wesentlichen Einigkeit darüber, daß die Leistung auf eine gefälschte Anweisung im Verhältnis des „Angewiesenen“ zum Empfänger abzuwickeln ist.²²¹ Eine rechtsgeschäftliche Anweisung liegt nicht vor. Es genügt jedoch nicht, dies festzustellen und die formalen Konsequenzen daraus zu ziehen.²²² Es gibt, wie gezeigt, Fälle, in denen eine Anweisungswirkung kraft Rechtsscheinhaftung an die Stelle einer rechtsgeschäftlichen Anweisung tritt. In der Tat erweckt die gefälschte oder verfälschte Anweisung gegenüber dem „Angewiesenen“ und, falls er nicht mit dem Fälscher identisch oder sein Komplize ist, auch gegenüber dem Empfänger den Rechtsschein einer wirksamen Anweisung. Doch ist dieser Rechtsscheinstatbestand dem „Anweisenden“ nicht zurechenbar, da er das Risiko der Fälschung nicht beherrscht, es daher grundsätzlich nicht zu tragen braucht.²²³ Der *Vertreter*, der aufgrund einer gefälschten Vollmacht gehandelt hat, haftet dem Geschäftsgegner nach § 179.²²⁴ Ebenso haftet der „*Angewiesene*“, der eine gefälschte Anweisung ausgeführt hat, dem Empfänger.²²⁵

i) Das Abhandenkommen der Anweisungsurkunde

Hat sich der „Angewiesene“ gegen den Willen des „Anweisenden“ in den Besitz der Anweisungsurkunde gesetzt, ist eine Haftung des „Anweisenden“ gegenüber dem Empfänger analog § 172 *nicht* gegeben, da der entstandene Rechtsschein dem „Anweisenden“ nicht zurechenbar ist.²²⁶ Die Anweisung ist daher auch im Verhältnis des Empfängers zum „Anweisenden“ unwirksam. Doch haftet der „Anweisende“ analog § 122 auch ohne Verschulden dem Empfänger auf Schadensersatz (negatives Interesse), da er durch seine Unterschrift unter die Anweisung vor deren Begebung ein erhöhtes und in der Regel unnötiges Risiko geschaffen und den ersten Teil des Vertrauenstatbestandes gesetzt hat.²²⁷ Daneben haftet dem Empfänger der „Angewiesene“ analog § 179.²²⁸

²²⁰ Ebenso U. Meyer, S. 120 N. 16.

²²¹ S. o. N. 20.

²²² So U. Meyer, S. 106f.

²²³ Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 488. Anders bei Umlaufpapieren: Canaris aaO, S. 246ff., 488. Möschel (JuS 72, 302) weist auf die gesetzliche Regelung in § 935 BGB und in Art. 69 WG, Art. 51 ScheckG hin.

²²⁴ Vgl. Flume AT II § 15 II 1 d (S. 254); Canaris, Vertrauenshaftung, S. 538.

²²⁵ S. u. unter k, bb.

²²⁶ BGH 65, 13; Zustimmung: Canaris JZ 76, 134 und Vertrauenshaftung, S. 487, 548; Larenz AT § 33 Ia (S. 554, 556). Vgl. auch den Regelungsgedanken des § 935.

²²⁷ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 487, 548 und JZ 76, 134; Larenz AT § 33 Ia (S. 554).

²²⁸ S. u. unter k, bb.

j) Die Anweisung im Konkurs des Anweisenden

Bei der Anweisungsleistung im Konkurs werden mehrere Fälle unterschieden: die vor Konkurseröffnung erteilte und die im Konkurs erklärte, die angenommene²²⁹ und die nicht angenommene Anweisung, die Anweisung auf Schuld und die Anweisung auf Kredit.²³⁰ Um die Rechtsfolgen der Anweisungsleistung im *Konkurs des Anweisenden* zu zeigen, mag es genügen, den Fall der *nicht angenommenen Anweisung auf Schuld* darzustellen.

aa) Die vor Konkurseröffnung erteilte Anweisung

Wurde die Anweisung vor Konkurseröffnung erteilt, behält sie nach h. M. ihre Wirksamkeit (Bestandstheorie).²³¹ Sie ist, anders als die Vollmacht (§ 168 S. 1), nicht von dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis abhängig (abstrakt)²³² und bleibt daher selbst dann bestehen, wenn ihr ein Auftrag zugrunde liegt, der nach § 23 KO mit Konkurseröffnung erlischt.²³³ Der Konkursverwalter ist jedoch berechtigt (§ 6 II KO) und nach h. M. verpflichtet (§ 117 KO),²³⁴ die Anweisung zu widerrufen. Dies entspricht der h. M. zur (ausnahmsweise) abstrakten Vollmacht.²³⁵ Hat der Gemeinschaftschuldner vor Konkurseröffnung eine solche Vollmacht erteilt, so bleibt sie – da § 168 S. 1 BGB nicht eingreift – in Kraft, auch wenn das Grundverhältnis nach § 23 KO seine Wirksamkeit verliert. Der Konkursverwalter kann jedoch widerrufen (§ 168 S. 2). Die Wirkung während des Konkurses erfolgreicher Vertreterhandlungen ist nach §§ 6 ff. KO beschränkt. Das Interesse der Gläubiger erfordert also nicht die Unwirksamkeit der Vollmacht, sondern nur die Anpassung der Wirkungen des Vertretergeschäfts an die Vorschriften zum Schutz der Konkursmasse. Dasselbe gilt für die Anweisungsleistung. Auch hier erweist sich die Vollmachtsähnlichkeit der Anweisung.

Nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung bewirkt die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden (Gemeinschaftschuldners) eine vom Angewiesenen über den Gemeinschaftschuldner zum Empfänger führende Leistungskette, also eine Zuwendung des Angewiesenen an den Gemeinschaftschuldner mit Tilgungsbestimmung auf das Deckungsverhältnis und eine Zuwendung des Gemeinschaftschuldners an den Empfänger mit Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis. Der Leistungsgegenstand befindet sich für eine „juristische Sekunde“ im Vermögen des Gemeinschaftschuldners (Durchgangserwerb). Die Anweisungsleistung hat dieselbe Wirkung, wie wenn die Leistungskette ohne Abkürzung des Leistungswegs vollzogen worden wäre.

²²⁹ Vgl. dazu Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 17, 20 ff.

²³⁰ Vgl. U. Meyer, S. 136 f.

²³¹ Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 9 f. (m. Nachw.).

²³² S. o. § 3 I 3.

²³³ Jaeger/Lent KO § 23 Rn. 7.

²³⁴ Jaeger/Lent KO § 6 Rn. 117, § 8 Rn. 3, § 23 Rn. 18; Mentzel/Kuhn KO § 8 Rn. 2; Böhle-Stamschröder KO § 8 Anm. 2. *Kritisch:* Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 10.

²³⁵ Vgl. Jaeger/Lent KO § 23 Rn. 9.

α) *Der Fall des § 8 I KO.* Bei der Ausführung der Anweisung leistet der Angewiesene an den Anweisenden (Gemeinschuldner) auf eine „zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit“. Er wird dadurch, wenn er in *Kenntnis des Konkurses* leistet, nur insoweit befreit, als das Geleistete in die Masse kommt (§ 8 I KO). Da der Gegenstand der Anweisungsleistung für den Konkursverwalter des Anweisenden in aller Regel nicht erreichbar ist, kann er vom Angewiesenen weiterhin Leistung in die Masse verlangen.²³⁶ Da also die Zuwendung des Angewiesenen ihren Tilgungszweck verfehlt hat, steht ihm eine Leistungskondition (§ 812 I 1, 1. Alt.)²³⁷ gegen den Gemeinschuldner zu. Sie ist nach Eröffnung des Verfahrens entstanden, daher keine Konkursforderung (§ 3 KO).²³⁸ Da nach § 8 I KO die Erfüllung im Deckungsverhältnis nicht eintrat, wurde der Leistungsgegenstand durch den Zwischenerwerb des Gemeinschuldners *nicht* Bestandteil der Masse. Die Masse erwirbt den Gegenstand der Leistung des Angewiesenen nur, wenn sie zugleich die Forderung gegen den Angewiesenen verliert (Austausch der Haftungsobjekte). Ist demnach der Leistungsgegenstand konkursfreier Neuerwerb (§ 1 I KO), so kann der Gemeinschuldner ohne die Beschränkungen der §§ 6ff. KO über ihn verfügen, die Zuwendung an den Empfänger und die Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis sind wirksam.²³⁹ Der Empfänger ist daher weder einer Vindikation oder Kondition des Konkursverwalters noch einer Durchgriffskondition des Angewiesenen ausgesetzt. Er erhält auf seine Konkursforderung volle Deckung.

Eine verbreitete, für die Bankanweisung herrschende Meinung nimmt für den vorliegenden Fall eine Durchgriffskondition des Angewiesenen gegen den Empfänger an.²⁴⁰ Das hier vertretene Ergebnis beruht nach ihr auf einer unrichtigen Beurteilung der Interessenlage.²⁴¹ Durch die Anweisungsleistung wird dem Empfänger, wenn er im Valutaverhältnis vorgeleistet hatte, das Risiko der Insolvenz des Anweisenden abgenommen, das sich durch den Konkurs bereits realisiert hatte. Dieses Risiko werde dem *Angewiesenen* allein deshalb auferlegt, weil er die Anweisung irrtümlich trotz Kenntnis des Konkurses ausgeführt habe. In der Regel besitze der Anweisende (Gemeinschuldner) kein konkursfreies Vermögen, auf das der Angewiesene zugreifen könne. Es erscheine nicht gerechtfertigt, daß der *Empfänger* wegen eines bloßen Fehlers des Angewiesenen auf dessen Kosten nach Konkurseröffnung volle Deckung seiner vom Konkurs beeinträchtigten Forderung erhalte. Dies zeige auch der Vergleich mit dem Fall, daß zum Schutz des Angewiesenen § 8 II, III KO eingriffen. Hier sei der Empfänger zur Herausgabe des Leistungsge-

²³⁶ Vgl. Jaeger/Lent KO § 8 Rn. 6; Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 25; Mentzel/Kuhn KO § 8 Rn. 2, 4; Heile, S. 27.

²³⁷ Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 25; Mentzel/Kuhn KO § 8 Rn. 4. Anders (condictio ob rem) Jaeger/Lent KO § 8 Rn. 6.

²³⁸ Jaeger/Lent § 8 Rn. 6 (m. Nachw.); Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 25 (a. E.); Mentzel/Kuhn KO § 8 Rn. 4.

²³⁹ Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 25, 33.

²⁴⁰ Vgl. BGH NJW 76, 1845; Canaris BB 72, 778 und in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 254; Schlegelberger/Hefermehl Anh. § 365 Anm. 119; U. Meyer, S. 130f.

²⁴¹ U. Meyer, S. 134.

genstandes verpflichtet, müsse also das durch seine Vorleistung übernommene Risiko der Insolvenz des Anweisenden (Gemeinschuldners) selbst tragen. Der Umstand, daß dem Angewiesenen mit der Nichtbeachtung der ihm bekannten Konkurseröffnung ein Versehen unterlaufen sei, könne eine so gravierende Unterscheidung in der Rechtsstellung des Empfängers nach Erhalt der Leistung nicht rechtfertigen. Dem Angewiesenen sei daher die Durchgriffskondition gegen den Empfänger zu gewähren. Diese Argumentation verkennt, daß die Parteien durch die Anweisungsleistung die Rechtswirkung einer über den Anweisenden (Gemeinschuldner) führenden Leistungskette erzielen wollen. Anweisung und Leistung „für Rechnung“ des Anweisenden haben im Konkurs dieselbe rechtliche Bedeutung wie bei der Erfüllung, der Leistungskondition, der Abwicklung nach §§ 346 ff. usw. Wäre die Leistungskette ausgeführt worden, hätte also der Angewiesene in Kenntnis des Konkurses direkt an den Anweisenden (Gemeinschuldner) geleistet und hätte dieser den Leistungsgegenstand zur Befriedigung des Empfängers verwendet, wäre eine Durchgriffskondition des Angewiesenen gegen den Empfänger ausgeschlossen. Dasselbe gilt für die Anweisungsleistung. Mit der Ausführung der Anweisung übernimmt der Angewiesene die Risiken der Leistungskette. Es besteht kein Grund, den Angewiesenen bei mittelbarer Leistung an den Gemeinschuldner besser zu stellen als bei direkter Leistung. Nimmt man die Weitergeltung der vor Konkurseröffnung erteilten Anweisung an, ist dieses Ergebnis zwingend.²⁴² An dieser Stelle scheiden sich Bestandstheorie²⁴³ und Erlöschentheorie.²⁴⁴

β) *Der Fall des § 8 II, III KO.* Andere Rechtsfolgen treten für die Beteiligten ein, wenn der Angewiesene *hinsichtlich des Konkurses gutgläubig* ist, die durch die Anweisungsleistung bewirkte Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden (Gemeinschuldner) nach § 8 II, III KO Erfüllung wirkt. Der Angewiesene wird von seiner Schuld befreit. Da die Forderung des Anweisenden (Gemeinschuldners), die im Deckungsverhältnis zur Konkursmasse gehörte und den Gläubigern haftete, der Masse durch die Befreiung des Angewiesenen als Haftungsobjekt verlorenggeht, wird zum Ausgleich der vom Gemeinschuldner im Durchgang erworbene Leistungsgegenstand Bestandteil der Masse. Die durch die Anweisungsleistung bewirkte Zuwendung des Gemeinschuldners an den Empfänger ist daher als Verfügung über einen Gegenstand der Masse nach § 7 I KO gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam.²⁴⁵ Nach h. M. hat die Masse eine Kondition gegen den Empfänger.²⁴⁶

²⁴² Die Bestandstheorie wird ausdrücklich mit dem Ziel vertreten, eine Durchgriffskondition des Angewiesenen gegen den Empfänger auszuschließen (vgl. Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 14, 27; Heile, S. 14 ff.).

²⁴³ S. o. N. 231.

²⁴⁴ Vgl. die Nachweise bei Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 8 und zur *Bankanweisung*: BGH NJW 76, 1845; Canaris in HGB-RGRK Anh. 357 Anm. 253; Schlegelberger/Hefermehl Anh. § 365 Anm. 113; Meyer-Cording, S. 112; U. Meyer, S. 130 f.; K. Schmidt JuS 76, 750.

²⁴⁵ So auch LG Hamburg MDR 66, 338; LG Düsseldorf KTS 71, 293; Palandt/Thomas § 812 Anm. 5 Bb, cc; U. Meyer, S. 132. Die Rechtshandlung des Gemeinschuldners im Sinne des § 7 KO soll in dem einheitlichen Vorgang aus der Anweisung des Gemeinschuldners und

Sie wird mit der analogen Anwendung des § 816 II BGB begründet, da der Empfänger kein Recht auf volle Deckung habe, also als nichtberechtigter Empfänger anzusehen sei.²⁴⁷ Geht man jedoch von der Wirkung der Anweisungsleistung als Leistungskette, damit von einer Zuwendung des Gemeinschuldners an den Empfänger aus und legt man die gewöhnliche dingliche Wirkung der Unwirksamkeit nach § 7 KO²⁴⁸ zugrunde, so steht der Masse primär die Vindikation (§ 985) gegen den Empfänger zu. Diese Auffassung (Vindikationstheorie)²⁴⁹ führt praktisch in der Regel ebenfalls zu einem (sekundären) bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruch gegen den Empfänger, da etwa die Gutschrift zu seinen Gunsten im Kontokorrent aufgegangen ist oder der ihm bar ausbezahlte Geldbetrag nicht mehr gegenständiglich herausgegeben werden kann.²⁵⁰

bb) Die *im Konkurs* erklärte Anweisung

Wird die Anweisung vom Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung erklärt, so ist sie nach h.M. als Rechtshandlung des Gemeinschuldners im Sinne des § 7 KO unwirksam.²⁵¹ Sie berührt die Masse jedenfalls dann, wenn der Angewiesene die Anweisung gutgläubig vollzieht und seine Leistung gegenüber der Masse Erfüllung wirkt (§ 8 II, III KO). Nur der Konkursverwalter ist befugt, mit Wirkung gegenüber der Masse Anweisungen zu erteilen, insbesondere Wechsel oder Schecks zu begeben, da ihm die Verwaltung des im Konkurs befangenen Vermögens vorbehalten ist (§ 6 KO). Doch ist § 8 II, III KO entsprechend anzuwenden, wenn der Angewiesene ohne Kenntnis von der Eröffnung des Konkurses eine vom Gemeinschuldner unwirksam erteilte Anweisung vollzieht.²⁵² Dies bedeutet einen Schutz des Vertrauens auf das Bestehen der Anweisung, ein Durchgriffsverbot. Die Rechtsfolgen der Anweisungsleistung sind dieselben wie bei der vor Konkurseröffnung erklärten Anweisung, wenn § 8 II, III KO eingreift.

k) Die Rechtsfolgen des Fehlens einer wirksamen Anweisung (analog §§ 177 ff.)

Wurde eine rechtsgeschäftliche Vollmacht nicht erteilt oder ist eine wirksam erteilte Vollmacht im Zeitpunkt des Vertretergeschäfts²⁵³ erloschen und besteht nicht nach §§ 170 ff. oder den Grundsätzen über die Duldungs- oder Anscheinsvollmacht

der Ausführung durch den Angewiesenen bestehen. Nach anderer Ansicht beruht der Erwerb des Empfängers nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners, ist jedoch nach § 15 KO unwirksam (vgl. Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 21; Canaris in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 255).

²⁴⁶ Vgl. Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 21; U. Meyer, S. 132.

²⁴⁷ Jaeger/Henckel aaO.

²⁴⁸ Vgl. Jaeger/Henckel KO⁹ § 7 Rn. 17 ff.

²⁴⁹ LG Hamburg und LG Düsseldorf aaO; dazu Heile, S. 37 f., 40 f.

²⁵⁰ Heile, S. 38.

²⁵¹ Vgl. Jaeger/Lent KO § 8 Rn. 5; Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 26, 30.

²⁵² Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 26.

²⁵³ Er ist maßgebend. Vgl. Hupka, S. 140.

eine „vollmachtsgleiche“ gesetzliche Vertretungsmacht, so handelt der Vertreter ohne Vertretungsmacht. Für die Rechtsfolgen ist es grundsätzlich gleichgültig, ob es schon am äußeren Tatbestand einer Vollmachtserklärung fehlt, ob die Vollmacht von Anfang an unwirksam war oder später erloschen ist oder ob der Vertreter eine bestehende Vollmacht überschritten hat.²⁵⁴ Es gelten – auch für dingliche Geschäfte²⁵⁵ – die §§ 177 ff. *Sie sind auf die Anweisung analog anzuwenden.* Die Rechtsähnlichkeit der Fälle liegt darin, daß die Anweisung wie die Vollmacht zu einer Zuwendung „im Namen“ des Vollmachtgebers die Ermächtigung zu einem Zuwendungsgeschäft mit Fremdwirkung gegenüber dem Ermächtigenden enthält. Dies ist unten zur Haftung des „Angewiesenen“ analog § 179 näher auszuführen. Aus der Analogie zum Vollmachtsrecht ergibt sich zunächst, daß *alle* Fälle des Fehlens einer wirksamen Anweisung *dieselben Rechtsfolgen* haben.

aa) Die analoge Anwendung der §§ 177, 178

Schließt ein Vertreter ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen einen Vertrag, so hängt nach § 177 I „die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Vertretenen“ von dessen Genehmigung ab (§§ 182 f., 184). Bei einseitigen Rechtsgeschäften ist eine Genehmigung nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich (§ 180). Wenn der *Vertretene* weder eine rechtsgeschäftliche Vollmacht erteilt noch in zurechenbarer Weise den Rechtsschein einer Vollmacht gesetzt hat, kann das Vertretergeschäft nicht gegen seinen Willen eine Fremdwirkung ihm gegenüber entfalten. Andererseits vertraut der *Geschäftsgegner* in der Regel auf eine Wirkung des Geschäfts gegenüber dem Vertretenen, zumindest hat er ihr zugestimmt. Ein etwaiges Interesse des *Vertreters*, das Geschäft zu übernehmen, wäre nicht schützenswert, da er „in fremdem Namen“ gehandelt hat (Gedanke des *venire contra factum proprium*). Daher gibt das Gesetz dem *Vertretenen* das Recht, das Vertretergeschäft durch Genehmigung an sich zu ziehen und es so mit der ursprünglich intendierten Fremdwirkung aufrecht zu erhalten. Der Vertretene hat also ein Wahlrecht zwischen der Wirkung des Vertretergeschäfts ihm gegenüber (§§ 177 I, 164 ff.) oder der Abwicklung des Geschäfts zwischen dem Vertreter und dem Geschäftsgegner ohne seine Beteiligung (§ 179). Erteilt er die Genehmigung, so wirkt sie gem. § 184 I auf den Zeitpunkt des Vertretergeschäfts zurück, d. h. das bis dahin schwebend unwirksame Geschäft wird wirksam, wie wenn der Vertreter mit Vollmacht gehandelt hätte.²⁵⁶

§§ 177 f., 184 I sind auf die Zuwendung „für fremde Rechnung“ ohne wirksame Anweisung analog anzuwenden. Der „Anweisende“ kann durch Genehmigung die

²⁵⁴ H. M.: Vgl. RG 69, 266; 110, 319; 150, 385; RGRK (Kuhn) § 177 Anm. 1; Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 177 Rn. 7; Flume AT II § 47, 3 c (S. 807); Hupka, S. 139 f.

²⁵⁵ Vgl. RG 69, 263; Staudinger/Coing §§ 177, 178 Rn. 7; Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 177 Rn. 5; RGRK (Kuhn) § 177 Anm. 1. Vgl. unten bb und N. 260.

²⁵⁶ Mot. I, 242; RG 68, 376; 76, 107; 128, 116; 131, 357; 135, 219; Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 177 Rn. 30; RGRK (Kuhn) § 177 Anm. 5; Flume AT II § 47, 2 (S. 800); Enneccerus/Nipperdey AT § 183 I 1 (S. 1121); Larenz AT § 32 I (S. 548).

Wirkung der Zuwendung für und gegen ihn (Durchgangserwerb) herbeiführen. Die Zuwendung des „Angewiesenen“ wirkt im Fall der Genehmigung, wie wenn er eine gültige Anweisung ausgeführt hätte. Zugleich wird analog § 177 die Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis genehmigt, die der „Angewiesene“ als Bote ohne Botenmacht überbracht hatte.²⁵⁷

Die Genehmigung der Zuwendung des „Angewiesenen“ für Rechnung des „Anweisenden“ ist zu unterscheiden von der Genehmigung der Anweisung, die von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht oder von einem zur „Unteranweisung“ nicht befugten Angewiesenen erklärt, die gefälscht oder verfälscht wurde.²⁵⁸ In diesen Fällen der Anweisung für einen anderen ohne dessen Ermächtigung ist § 180 zu beachten, der eine Genehmigung grundsätzlich ausschließt; denn die Anweisung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Das Zuwendungsgeschäft des „Angewiesenen“ „für Rechnung“ des „Anweisenden“ dagegen besteht in aller Regel in einem Vertrag oder erfordert, soweit es in einem tatsächlichen Handeln besteht, eine Mitwirkung des Empfängers, so daß die Beschränkungen des § 180 nicht gelten.

bb) Die analoge Anwendung des § 179

§ 179 ist auch auf *dingliche* Verträge „in fremdem Namen“ anwendbar.²⁵⁹ Der Vertreter haftet jedoch, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht kennt (Abs. I), dem Geschäftsgegner nicht auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung, da diese Rechtsfolgen das Bestehen einer Leistungspflicht voraussetzen, sondern einfach auf Schadensersatz.²⁶⁰ Der Geschäftsgegner ist so zu stellen, wie wenn er den Verfügungsgegenstand erworben hätte; ihm sind also der Wert des Verfügungsgegenstandes und im Rahmen der §§ 249 ff. weitere Schäden in Geld zu ersetzen. Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so braucht er dem Geschäftsgegner nur das Vertrauensinteresse (bis zur oberen Grenze des Erfüllungsinteresses) zu ersetzen (Abs. II). Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht entfällt, wenn der Geschäftsgegner das Fehlen einer wirksamen Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte (Abs. III S. 1). Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Vertreter haftet nur dann, wenn er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters tätig wurde (Abs. III S. 2).

Die Haftung des Vertreters nach § 179 ist eine reine Rechtsscheins- oder Vertrauenshaftung.²⁶¹ Schon in den Motiven²⁶² heißt es: „Der Verkehr erfordert, daß Jeder, der als ermächtigter Vertreter auftritt, ohne Rücksicht darauf, ob ihn eine Fahrläs-

²⁵⁷ Für Genehmigungsfähigkeit des Botenhandelns: Canaris NJW 74, 521, 528 N. 44; Medicus Rn. 130.

²⁵⁸ Zur Genehmigungsfähigkeit der gefälschten Erklärung (§ 177, arg. a maiore) vgl. RG 145, 87 (92).

²⁵⁹ S. o. bei N. 255.

²⁶⁰ Kiel OLGZ 35, 164; Staudinger/Coing § 179 Rn. 13, §§ 177, 178 Rn. 7; Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 179 Rn. 14.

²⁶¹ Vgl. Larenz AT § 32 II (S. 548 ff.); Canaris, Vertrauenshaftung, S. 546: „Erklärungshaftung kraft Risikozurechnung“.

²⁶² I, 244.

sigkeit trifft, voll dafür einzustehen habe, daß die Vertretungsmacht vorhanden sei oder doch die Genehmigung des Vertretenen nachträglich hinzutrete“. Rechts-scheinstatbestand ist die ausdrücklich oder durch das Handeln des Vertreters „in fremdem Namen“ schlüssig aufgestellte Behauptung, er habe Vertretungsmacht.²⁶³ In den Fällen des § 179 I wird der Rechtsscheinstatbestand dem Vertreter zugerechnet, da er ihn wissentlich, d. h. in dem Bewußtsein gesetzt hat, daß seine Vollmachtsbehauptung der Wirklichkeit nicht entsprach. Dieser Zurechnungsgrund rechtfertigt die Haftung des Vertreters auf Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse.²⁶⁴ Der Vertreter haftet kraft Gesetzes als „Garant“ für das Bestehen,²⁶⁵ schuldet „Gewährleistung“ wegen des Fehlens der Vollmacht.²⁶⁶ Auch wenn er den Mangel der Vertretungsmacht nicht kennt (§ 179 II), haftet er aufgrund des durch die Vollmachtsbehauptung erweckten Rechtsscheins, „weil er typischerweise eher als der gutgläubige Dritte die Möglichkeit hat, den Mangel seiner Legitimation zu erkennen und weil er daher immer noch näher daran ist als jener, den Schaden zu tragen“. ²⁶⁷ Wo diese Voraussetzungen fehlen, ist § 179 II nicht anzuwenden (teleologische Reduktion).²⁶⁸ Dies ist insbesondere für die Fälle der *Außenvollmacht* anzunehmen.²⁶⁹ Da die Außenvollmacht gegenüber dem Geschäftsgegner erklärt wird, ist es ihm grundsätzlich ebenso gut wie dem Vertreter möglich, den Mangel der Vollmacht zu erkennen und daher ist dieser Mangel nicht allein der Risikosphäre des Vertreters zuzurechnen. Das Vertrauen des Geschäftsgegners gründet sich weniger auf die Behauptung des Vertreters von seiner Vollmacht als auf die Erteilung der Außenvollmacht. Daher liegen bei der Außenvollmacht die Voraussetzungen einer Rechtsscheinshaftung nur gegenüber dem Vertretenen, nicht auch gegenüber dem Vertreter vor. § 179 II findet daher grundsätzlich nur bei der Innenvollmacht Anwendung. Die Haftung des Vertreters beruht gegenüber Abs. I auf einem schwächeren Zurechnungsgrund und ist entsprechend gemildert: Der Vertreter schuldet nur Ersatz des Vertrauensschadens (negatives Interesse). Auch diese Haftung ist eine reine Rechtsscheins- oder Vertrauenshaftung²⁷⁰ die ein Verschulden des Vertreters nicht voraussetzt.²⁷¹ Sie beweist gerade bei Gutgläubigkeit des Vertreters ihren Charakter als gesetzliche Garantie oder Gewährleistung. Aus dem Wesen der *Vertrauenshaftung* ergibt sich auch, daß der Vertreter nicht haftet, wenn der Geschäftsgegner das Fehlen einer Vollmacht kennt, also nicht auf die Vollmachtsbehauptung des Vertreters vertraut,²⁷² oder kennen muß, d. h. sein Vertrauen nicht schützenswert ist, da es

²⁶³ S. o. N. 198.

²⁶⁴ Vgl. Larenz AT § 32 II (S. 549/550).

²⁶⁵ Flume aaO.

²⁶⁶ Enneccerus/Nipperdey aaO.

²⁶⁷ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 535.

²⁶⁸ Canaris aaO (m. Nachw.).

²⁶⁹ Vgl., auch zum Folgenden, Canaris aaO.

²⁷⁰ Vgl. Larenz AT § 32 II (S. 549).

²⁷¹ Vgl. BGH WM 77, 478; Staudinger/Coing § 179 Rn. 4; Palandt/Heinrichs § 179 Anm. 1; Larenz aaO; Hupka, S. 183.

²⁷² Hupka, S. 193 f., zitiert hierzu den Satz „scienti non fit iniuria“.

auf einer Sorgfaltspflichtverletzung beruht (§ 179 III 1; vgl. §§ 122 II, 173).²⁷³ Der Geschäftsgegner muß den Mangel der Vollmacht kennen, wenn die ihm bekannten Umstände ihn bei Anwendung der verkehrsmäßigen Sorgfalt hätten dazu veranlassen müssen, sich nach dem Bestehen der vom Vertreter behaupteten Vollmacht zu erkundigen,²⁷⁴ oder mit anderen Worten: wenn besondere rechtliche oder tatsächliche Momente bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt den Mangel hätten erkennen lassen.²⁷⁵ Die Befreiung des in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Vertreters ohne Vertretungsmacht, der ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat, von der Rechtsscheinhaftung (§ 179 III 2) entspricht dem Schutzgedanken der §§ 104ff.²⁷⁶ Sie finden als Regelung der Zurechnungsfähigkeit auf die Rechtsscheinhaftung analoge Anwendung,²⁷⁷ da diese zwar nicht in einem Rechtsgeschäft, aber doch in der Teilnahme des Haftenden am rechtsgeschäftlichen Verkehr begründet ist²⁷⁸ und häufig ähnlichen Zwecken dient wie die Bindung kraft Rechtsgeschäfts.²⁷⁹ Analog §§ 104ff., 107, 111 ist die Vollmachtsbehauptung als haftungsbegründender Tatbestand dem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Vertreter nicht zuzurechnen; deshalb ist seine Haftung ausgeschlossen.²⁸⁰ Ebendies ist der Regelungsgedanke des § 179 III 2, der damit die allgemeinen Grundsätze der Rechtsscheinhaftung bestätigt. § 165 greift nicht ein, da die Rechtsfolgen des Vertreterhandelns hier den Minderjährigen selbst treffen.

Die Haftung des Vertreters nach § 179 entfällt, wenn das Vertretergeschäft an einem anderen Mangel als dem Fehlen der Vertretungsmacht leidet (z.B. Form- oder Willensmängeln) und deshalb auch bei bestehender Vertretungsmacht unwirksam wäre.²⁸¹ Die Haftung des Vertreters nach § 179 soll den Geschäftsgegner dafür entschädigen, daß die Wirkung des Geschäfts gegenüber dem Vertretenen nicht zustande kommt, soll ihn aber nicht besser stellen, als er bei Wirksamkeit der vom Vertreter behaupteten Vollmacht stünde. Der Vertreter hat nur für das Bestehen der Vertretungsmacht, nicht für die Wirksamkeit des Geschäfts einzustehen.

Neben die Haftung aus § 179 kann, wenn ein Verschulden des Vertreters vorliegt, eine Haftung aus c. i. c. treten (Anspruchskonkurrenz), die ebenfalls auf Ersatz des negativen Interesses geht.²⁸²

§ 179 ist abdingbar. Der Vertreter kann sich darauf beschränken, die Umstände darzulegen, aus denen er eine Vertretungsmacht ableitet, und eine Garantie für das

²⁷³ Hupka, S. 193ff.; Larenz AT § 32 II (S. 548); Palandt/Heinrichs § 179 Anm. 1.

²⁷⁴ So RG 104, 191 (194) und im Anschluß daran Larenz AT § 32 II (S. 548/549); Staudinger/Coing § 179 Rn. 20; Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 179 Rn. 24.

²⁷⁵ Hupka, S. 198.

²⁷⁶ Vgl. Palandt/Heinrichs § 179 Anm. 1.

²⁷⁷ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 452f.

²⁷⁸ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 442f., 452.

²⁷⁹ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 440f., 452.

²⁸⁰ Ähnlich bereits Hupka, S. 201f.

²⁸¹ Hupka, S. 202 N. 3. Staudinger/Coing § 179 Rn. 14; Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 179 Rn. 6ff.; Palandt/Heinrichs § 179 Anm. 1.

²⁸² Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 179 Rn. 20; Palandt/Heinrichs § 179 Anm. 2 (a. E.); Flume AT II § 47, 3a (S. 805).

Bestehen der Vertretungsmacht ablehnen²⁸³ oder, wenn er bewußt ohne Vertretungsmacht handelt, vorbehaltlich der Genehmigung des Vertretenen abschließen.²⁸⁴

Eine Haftung des *Vertretenen* scheidet in den Fällen des § 179 aus. Der durch die Vollmachtsbehauptung des Vertreters hervorgerufene Rechtsschein gegenüber dem Geschäftsgegner ist in der Regel dem Vertretenen schon deshalb nicht zurechenbar, weil er auf einem von ihm nicht veranlaßten Handeln des Vertreters beruht.²⁸⁵ Es gibt jedoch auch andere Fälle: Bestand z. B. eine Innenvollmacht und hat der Vollmachtgeber sie *nach* Abschluß des Vertretergeschäfts wegen Irrtums angefochten, so hat der Vertretene durch die Innenvollmacht zwar nicht selbst einen Rechtsschein gegenüber dem Geschäftsgegner geschaffen, aber er hat den durch die Vollmachtsbehauptung des Vertreters entstandenen Rechtsschein veranlaßt. Freilich genügt die bloße Veranlassung in der Regel nicht, um eine Rechtsscheinhaftung zu begründen.²⁸⁶ Ob der Vertretene in diesen Fällen dem Geschäftsgegner haftet, ist eine Frage der Zurechnung des Rechtsscheinstatbestandes. Der Gesetzgeber hat sie entschieden. Aufgrund der Anfechtung der Vollmacht haftet der Vertretene nach §§ 119ff., 122 allein dem Vertreter; er hat durch die Innenvollmacht nur für den Vertreter, nicht für den Geschäftsgegner einen Vertrauenstatbestand geschaffen.²⁸⁷ Dem Geschäftsgegner haftet nach §§ 177f., 179 nur der Vertreter. Das Risiko der Anfechtung der Innenvollmacht durch den Vollmachtgeber wegen eines Willensmangels trägt gegenüber dem Geschäftsgegner der Vertreter, gegenüber diesem der Vollmachtgeber.

Der Vertretene haftet grundsätzlich auch nicht aus c.i.c. Er selbst ist in der Regel nicht in ein Schutzpflichtverhältnis mit dem Geschäftsgegner eingetreten. Das schuldhafte Handeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht kann ihm nicht zugerechnet werden, soweit dieser nicht mit seinem Willen tätig, also nicht Verhandlungs- oder Abschlußhilfe war (§ 278). In dem oben genannten Fall der Anfechtung einer Innenvollmacht kann der Vertreter freilich trotz des Mangels der Vollmacht wirksam zum Abschlußhilfen bestellt sein, da häufig zwischen dieser Bestellung, einer rechtsgeschäftsähnlichen Handlung, und der Bevollmächtigung weder Fehleridentität noch Geschäftseinheit nach § 139 gegeben sein wird. Ein Anspruch des Geschäftsgegners gegen den Vertretenen aus c.i.c. wegen schuldhafter Schädigung durch den Vertreter ist daher in solchen Fällen der Vertretung ohne Vertretungsmacht möglich.

Die Regelung des § 179 ist auf die Fälle des Fehlens oder eines Mangels der Anweisung entsprechend anzuwenden. Die Analogie erfordert zwei gedankliche Schritte, deren erster innerhalb der Lehre von der Vertrauenshaftung bereits getan

²⁸³ Dies empfiehlt Hupka, S. 186f.

²⁸⁴ Palandt/Heinrichs § 179 Anm. 1.

²⁸⁵ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 545.

²⁸⁶ Zum Veranlassungsprinzip als Grundlage der Vertrauenshaftung vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 473 ff.

²⁸⁷ Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 546.

wurde. So schreibt *Canaris*:²⁸⁸ „Die auf § 179 BGB gestützte Erklärungs haftung kraft Risikozurechnung greift über den Wortlaut des Gesetzes hinaus immer dann ein, wenn jemand behauptet, die Rechtsmacht zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit Wirkung gegen einen anderen zu haben“. Mit der Zuwendung „auf Anweisung“ oder „für Rechnung“ des „Anweisenden“ behauptet der „Angewiesene“ eine Rechtsmacht zum Handeln mit Wirkung für und gegen den „Anweisenden“.²⁸⁹ Alles, was zum Rechtsscheinstatbestand und seiner Zurechnung als Grundlage der Vertreterhaftung nach § 179 ausgeführt wurde, läßt sich auf das Handeln des „Angewiesenen“ ohne wirksame Anweisung übertragen. Die Haftungsfolgen des § 179 sind auch beim Fehlen der Anweisung inhaltlich angemessen. Nur die Erfüllungshaftung nach § 179 I ist an die Besonderheiten der Anweisungsleistung anzupassen. Zunächst handelt es sich bei ihr um eine *Zuwendung*, in der Regel ein dingliches Übertragungsgeschäft, bei dem mangels einer Leistungspflicht eine Haftung auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht in Frage kommt. Anders als der Geschäftsgegner bei der Verfügung des Vertreters ohne Vertretungsmacht ist der Empfänger jedoch nicht auf einen Schadensersatzanspruch gegen den „Angewiesenen“ beschränkt. Da der „Angewiesene“ durch die Zuwendung „für Rechnung“ des „Anweisenden“ in aller Regel über eigenes Vermögen verfügt, ist es möglich und angemessen, dem Empfänger den Leistungsgegenstand selbst zuzusprechen: Die Verfügung wird als Zuwendung des „Angewiesenen“ an den Empfänger wirksam. Freilich fehlt es an einer wirksamen Tilgungsbestimmung des „Anweisenden“ auf das Valutaverhältnis und die Zuwendung an den Empfänger ist zur Erfüllung im Deckungsverhältnis nicht geeignet, so daß dem „Angewiesenen“ eine Leistungskondition (§ 812 I 1, 1. Alt.; *condictio indebiti*)²⁹⁰ gegen den Empfänger zusteht. Vermögensminderungen, die mit der Zuwendung des „Angewiesenen“ zusammenhängen, etwa Verluste durch eine Gegenleistung an den „Anweisenden“ im Valutaverhältnis, kann der Empfänger unter den Voraussetzungen des § 818 III als Entreicherung geltend machen.²⁹¹ Für die Fälle des § 179 I, in denen der „Angewiesene“ den Mangel der Anweisung *kennt*, ist also der Lösung der h. M. (Durchgriffskondition)²⁹² zuzustimmen. Freilich ist weiter zu differenzieren: Hat der „Angewiesene“ den Mangel der Anweisung *nicht* gekannt, so ist das Zuwendungsgeschäft unwirksam; dem „Angewiesenen“ steht die Vindikation oder ein Stornorecht zu, er muß jedoch dem Empfänger das negative Interesse ersetzen (analog § 179 II). Auf diese Weise stehen der „Angewiesene“ und der Empfänger in den Fällen des § 179 I und II *regelmäßig gleich*: Der „Angewiesene“ behält den Leistungsgegenstand oder bekommt ihn zurück; er hat dem Empfänger den Vertrauensschaden zu ersetzen oder muß sich den Vertrauensschaden des Empfängers nach § 818 III auf seine

²⁸⁸ Vertrauenshaftung, S. 546, ähnlich S. 538.

²⁸⁹ Zum Inhalt der Anweisung (Ermächtigung) s. o. § 3 I 1; zur Fremdwirkung der Anweisungsleistung s. o. § 3 III 2.

²⁹⁰ Zur Durchgriffskondition siehe auch § 4 III 2 a und § 5 IV vor 1; IV 1 c, bb, V 4 b, bb.

²⁹¹ S. o. § 5 IV 1 c, bb.

²⁹² S. o. § 5 IV vor 1.

Kondiktion anrechnen lassen. Ein *wesentlicher Unterschied* besteht jedoch darin, daß der „Angewiesene“ im Fall des § 179 I (Kenntnis vom Fehlen der Anweisung) vom Empfänger, der den Leistungsgegenstand erworben hat, kondizieren muß, also das Risiko der Insolvenz des Empfängers trägt, während er im Fall des § 179 II (Gutgläubigkeit) den Leistungsgegenstand (z. B. eine abgetretene Forderung) behält oder im Konkurs des Empfängers aussondern kann (§§ 43 ff. KO) und der Empfänger gegen ihn seine Schadensersatzforderung geltend machen muß. Der „Angewiesene“ haftet dem Empfänger *nicht*, wenn dieser das Fehlen der Anweisung kannte oder kennen mußte (analog § 179 III 1). Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte „Angewiesene“ haftet nur, wenn er mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gehandelt hat (analog § 179 III 2). Bei der *indirekten* Anweisung, die der Außenvollmacht entspricht, haftet der „Angewiesene“ dem Empfänger nicht nach § 179 II: Die Anweisungsleistung ist unwirksam, dem „Angewiesenen“ steht die Vindikation oder ein Stornorecht zu. Der Empfänger muß sich an den „Anweisenden“ halten, wenn zwischen ihnen die Voraussetzungen einer Erklärungshaftung oder einer Schutzpflichtverletzung im Valutaverhältnis gegeben sind.

cc) Die „Überschreitung“ der Anweisung

Eine Besonderheit ergibt sich nach h. M. für die Überschreitung der Vollmacht.²⁹³ Deckt diese nur einen Teil des Geschäfts und genehmigt der Vollmachtgeber den Rest nicht, so gilt § 179 für das ganze Geschäft, wenn es unteilbar ist. Anderenfalls ist § 139 anzuwenden. Es ist zu ermitteln, ob die Parteien auch allein den von der Vollmacht gedeckten Teil des Geschäfts abgeschlossen hätten oder mit der Teilung einverstanden sind. Dann ist das Geschäft wirksam, soweit die Vollmacht reicht; im übrigen ist es ohne Wirkung gegen den Vollmachtgeber, sind §§ 177 ff. anzuwenden. Der Fall, daß der *Angewiesene* aus Versehen zuviel oder zweimal leistet, ist ebenso zu behandeln. Für die Bereitschaft des Anweisenden und des Empfängers zur Teilung des Geschäfts kommt es dabei vor allem auf den Inhalt des Valutaverhältnisses an.

V. Die sogenannten Irrtumsfälle

1. Zur Abgrenzung des Problems

Die sogenannten Irrtumsfälle umfassen zwei typische Fallkonstellationen:²⁹⁴

a) E läßt auf seinem Grundstück in X ein Wohnhaus errichten. Mit der Herstellung der elektrischen Anlage einschließlich der Lieferung der benötigten Geräte beauftragt er S. Dieser kauft die Geräte bei D und läßt sie zur Baustelle liefern. Sie

²⁹³ Staudinger/Coing §§ 177, 178 Rn. 2; Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 177 Rn. 3, 15; RGRK (Kuhn) § 177 Anm. 1; Enneccerus/Nipperdey AT § 183 I 4 (S. 1124); Flume AT II § 47, 1 (S. 799).

²⁹⁴ Vgl. v. Caemmerer, Festschr. f. Dölle I, 160f.

kommen dort mit dem Vermerk „Empfänger: Neubau X“ an und werden eingebaut. E nimmt aufgrund seines Vertragsverhältnisses zu S an, D leiste „für dessen Rechnung“ und bezahlt an S. Nun meldet sich D und verlangt seinerseits von E Bezahlung der Elektrogeräte: Er hatte geglaubt, S habe den Kaufvertrag im Namen und mit Vollmacht des E geschlossen, und deshalb an E zur Erfüllung einer eigenen Schuld ihm gegenüber geliefert. Entweder hatte S tatsächlich im Namen des E gehandelt oder D war irrtümlich davon ausgegangen. Jedenfalls hatte E dem S keine Vollmacht erteilt. E lehnt es ab, ein etwaiges Handeln des S in seinem Namen zu genehmigen (§ 177 I).²⁹⁵

b) E kauft von S einen Posten Rindfleisch. Das Fleisch wird von D geliefert. E nimmt eine mittelbare Leistung des S an und bezahlt, als dieser die Rechnung stellt. Nun verlangt D seinerseits Bezahlung. Er hatte mit S vereinbart, dieser solle gegen eine Vermittlerprovision das Fleisch in seinem Namen verkaufen, und deshalb angenommen, es sei zwischen ihm und E ein Kaufvertrag zustande gekommen. D wollte daher mit der Lieferung seine Leistungspflicht aus dem von ihm angenommenen Kaufvertrag mit E erfüllen. S hatte jedoch abredewidrig an E im eigenen Namen verkauft.²⁹⁶

In beiden Fällen wird ein vertraglicher Anspruch des D gegen den E nicht (mehr) behauptet. D klagt gegen E aus ungerechtfertigter Bereicherung (Leistungskondition). Die Situation spitzt sich zu, wenn S inzwischen in Konkurs gefallen ist. Ein Anspruch gegen ihn wäre dann für D wie E wertlos. D müßte von S kondizieren, wenn – der Sicht des E entsprechend – eine Leistung „für Rechnung“ des S, also eine Leistung des D an S, des S an E anzunehmen wäre. E wäre auf eine Gegenleistung des S angewiesen, wenn – der Sicht des D entsprechend – eine direkte Eigenleistung des D an E vorläge, die D kondizieren könnte, so daß die Zahlung des E an S eine Vorleistung im Valutaverhältnis darstellte.

Die genannten Fälle sind abzugrenzen von denen der Leistung „auf vermeintlich eigene Schuld“,²⁹⁷ der „irrtümlichen Zahlung fremder Schulden als eigener“:²⁹⁸ Der Übernehmer einer Schuld (§§ 414, 415) zahlt an den Gläubiger. Die Übernahme ist unwirksam. Hier liegt nach h. M. eine direkte Eigenleistung des „Übernehmers“ an den Gläubiger vor, auch besteht kein Mißverständnis über den Zahlungszweck, die Tilgung einer bestimmten Schuld. Der „Übernehmer“ und der Gläubiger irren über die Person des Verpflichteten. Das Regelungsproblem besteht hier darin, ob der Zahlende seine Leistung, die zur Tilgung einer eigenen Schuld bestimmt war, als Drittleistung nach § 267 auf dieselbe Schuld geltend lassen kann, wenn sich heraus-

²⁹⁵ Zum Sachverhalt vgl. BGH 40, 272 (Elektrogeräte) und BGH 36, 30 (Idealheim).

²⁹⁶ Zum Sachverhalt vgl. RG 98, 64 (Bierkutscher); ähnlich BGH NJW 74, 1132 (Hemden).

²⁹⁷ Zur Abgrenzung vgl. v. Caemmerer, Festschr. f. Dölle I, S. 157.

²⁹⁸ Dazu vgl. v. Caemmerer, Festschr. f. Dölle I, S. 135 ff.; Georg H. Maier AcP 152 (1952/53), 97 ff.; Lorenz AcP 168 (1968), 306 ff. und in: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, S. 167 ff.; Larenz SchR II § 68 III d1 (S. 483 f.); Esser SchR II § 102 II 1 (S. 348 f.); Medicus Rn. 951; Koppensteiner/Kramer, S. 55 ff.; Kaehler, S. 77 ff. Zur *Geschichte des Problems* Flume JZ 62, 282.

stellt, daß ein anderer der Schuldner ist.²⁹⁹ In den hier zu erörternden Fällen hingegen geht es *nicht* darum, daß D (Leistender) und E (Leistungsempfänger) sich über die Person des Schuldners einer bestimmten Verbindlichkeit irren. Vielmehr besteht unter den Beteiligten ein *zweifaches Mißverständnis*. Es betrifft einmal die zu tilgende Verbindlichkeit: E nimmt eine Leistung zur Erfüllung der Schuld des S im Valutaverhältnis an, D eine Leistung zur Tilgung einer eigenen Schuld gegenüber E (Dissens über den Leistungszweck).³⁰⁰ Zum anderen besteht ein Mißverständnis über die Person des Leistenden:³⁰¹ E hält S für den Leistenden, D will selbst leisten.

2. Der Stand der Diskussion

Nach der *Rechtsprechung*, insbesondere der ständigen Rechtsprechung des BGH, und einem *Teil des Schrifttums*³⁰² ist für die rechtliche Bedeutung der Leistung des D die Sicht des E („Empfängerhorizont“) maßgebend. D hat danach objektiv „für Rechnung“ des S gehandelt und daraus ergibt sich – wie bei jeder Anweisungsleistung – ein Ausschluß der Durchgriffskondition des D gegen E. Als Grund dafür, dem D diese von ihm nicht gewollte Bedeutung seiner Erklärung zuzurechnen, werden entweder die allgemeinen Regeln für die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen³⁰³ oder „rein objektive Zurechnungskriterien“³⁰⁴ herangezogen. Der Versuch der Literatur, die Position des BGH durch die allgemeine Auslegungslehre zu stützen, führte zu einer *Gegenbewegung*: Rechnete man dem D eine von ihm nicht gewollte Erklärungsbedeutung zu, so mußte man die Irrtumsanfechtung nach oder analog § 119 I zulassen:³⁰⁵ D kann danach die für seine Leistung geltende

²⁹⁹ Vgl. v. Caemmerer, Festschr. f. Dölle I, S. 157.

³⁰⁰ v. Caemmerer, Festschr. f. Dölle I, S. 159; Zeiss AcP 165 (1965), 335; Weitnauer NJW 74, 1731 (für bestimmte Fälle); Joerges JuS 75, 517f. und AG 76, 317; Wieling JZ 77, 294 (für bestimmte Fälle); Kupisch, S. 72; Serick Bd. IV, S. 656, 658.

³⁰¹ Medicus Rn. 687f.; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 826ff.

³⁰² Vgl. BGH 36, 30 (32) – Idealheim; 40, 272 (278) – Elektrogeräte; 56, 228 (239f.); BGH WM 57, 926 – Asphalt; BGH NJW 74, 1132 (1132/33) – Hemden; OLG Nürnberg MDR 64, 55; Palandt/Thomas § 812 Anm. 5 Bb; Leonhard SchR II, S. 376; Fikentscher SchR § 99 II 1a (S. 579); v. Lübtow, Beiträge, S. 32; Kötter AcP 153 (1954), 216; Baur/Wolf JuS 66, 395f.; Möschel JuS 72, 301.

³⁰³ Fikentscher SchR § 99 II 1a (S. 578f.); Koppensteiner/Kramer, S. 48, 51; Reeb, S. 23f.; Hadding, S. 100f.; Kupisch, S. 73; Serick Bd. IV, S. 657; v. Caemmerer, Festschr. f. Dölle I, S. 158/59; Thomä JZ 62, 626f.; Zeiss JZ 63, 9 und AcP 165 (1965), 333; Baur/Wolf JuS 66, 395f.; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 827 N. 75; Möschel JuS 72, 301; Weitnauer NJW 74, 1731; Picker NJW 74, 1790. *Kritisch*: Larenz SchR II § 68 III d2 (S. 485); Esser SchR II § 102 II 2 (S. 350); Wilhelm, S. 149; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 71.

³⁰⁴ Vgl. Weitnauer NJW 74, 1731; Joerges AG 76, 317; Kupisch, S. 71f.

³⁰⁵ *Dafür*: Esser SchR II § 102 II 2 (S. 351); Wilhelm, S. 149; Kaehler, S. 91f.; U. Meyer, S. 73; Thomä JZ 62, 627; Flume JZ 62, 281; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 827; Weitnauer NJW 74, 1731; Wieling JZ 77, 291, 293. *Zurückhaltend*: v. Caemmerer, Festschr. f. Dölle I, S. 158. *Dagegen*: Serick Bd. IV, S. 658 (kein Problem der Erklärungshaftung, sondern der bereicherungsrechtlichen Zurechnung); Larenz SchR II § 68 III d2 (S. 485); Zeiss JZ 63, 9. Zum Vertrauensschutz nach § 818 III s. u. IV 1c, bb.

Zweckbestimmung anfechten. Folge der Anfechtung ist eine *condictio sine causa* des D gegen E. Das Vertrauen des E darauf, eine mittelbare Leistung des S mit Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis erhalten zu haben, wird nach §§ 122, 818 III geschützt. Die Kritik an der Rechtsprechung des BGH ging jedoch noch weiter: Die Auslegungslehre verbiete es, einseitig auf den Empfängerhorizont abzustellen; die normative Bedeutung der Erklärung müsse vielmehr auch dem Erklärenden zurechenbar sein.³⁰⁶ Endlich führte eine einseitige Betonung des Schutzes des Erklärenden im Rahmen der Auslegungslehre dazu, in Übereinstimmung mit der *Rechtsprechung des RG* und dem *älteren Schrifttum*, die Maßgeblichkeit des Horizonts des Zuwendenden anzunehmen.³⁰⁷ Auch so kommt man zu einer Leistungskondition des D gegen E, da die Schuld gegenüber E, auf die D leistete, nicht bestand (*condictio indebiti*). Das Vertrauen des E darauf, die Leistung aufgrund des Eintretens der Erfüllung im Valutaverhältnis behalten zu dürfen, wird nach § 818 III geschützt.³⁰⁸ *Andere*³⁰⁹ gehen davon aus, daß eine sowohl dem D als auch dem E zurechenbare Erklärungsbedeutung fehlt, also ein dem versteckten Dissens beim Vertragsschluß ähnlicher Fall vorliegt, eine gültige Zweckbestimmung nicht gegeben ist. Da das Zuwendungsgeschäft von dem angenommenen Dissens nicht erfaßt wird, ist das Ergebnis auch hier eine Leistungskondition des D gegen den E (*condictio sine causa*). *Andere Lösungsansätze* versuchen nach der Schutzwürdigkeit des D oder E im Einzelfall zu differenzieren,³¹⁰ was wiederum im Rahmen der Auslegung der Erklärung des D oder nach objektiven Kriterien geschehen kann.

Geht es dabei vor allem um Inhalt und Wirksamkeit der *Zweckbestimmung* für die Zuwendung des D, so wird doch auch die *sachenrechtliche Seite* des Problems

³⁰⁶ v. Caemmerer, Canaris, Koppensteiner/Kramer, Picker, Reeb und Weitnauer, alle aaO (N. 303); dazu Esser SchR II § 102 II 2 (S. 350 mit N. 25); Köndgen, Festg. f. Esser, S. 71 f. Zur *allgemeinen Auslegungslehre* vgl. Enneccerus/Nipperdey AT § 206 II (S. 1259); Flume AT II § 16, 3 c (S. 311 f.); Koppensteiner/Kramer, S. 48; Kramer, S. 152 f.; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 827 N. 25; Weitnauer NJW 74, 1731; Wieling JZ 77, 293; Larenz, Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 72 ff. Larenz (AT § 19 II a, S. 297) rückt von seinem eigenen früheren Standpunkt nur scheinbar ab. Er hält an dem *Prinzip* der Zurechenbarkeit des Erklärungssinnes für den Erklärenden grundsätzlich fest, meint jedoch, die vom Empfänger zu verstehende Bedeutung werde dem Erklärenden *in aller Regel* zurechenbar sein (ebenso Flume aaO, S. 311).

³⁰⁷ RG 44, 183; 87, 251; 98, 64 (Bierkutscher); RG JW 1914, 79; OLG Hamm MDR 75, 53; Staudinger/Seufert § 812 Rn. 23 c; Esser SchR II § 102 II 2 (S. 350 f.); Larenz SchR II § 68 III d 2 (S. 485); Medicus Rn. 688; Koppensteiner/Kramer, S. 51; v. Caemmerer, Festschr. f. Dölle I, S. 158; Flume JZ 62, 282; Berg NJW 62, 101 und JuS 64, 140; Canaris BB 72, 779 und Festschr. f. Larenz, S. 826 f.; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 70 f.; Picker NJW 74, 1790; U. Meyer, S. 78 f.

³⁰⁸ RG 98, 64 (65); Esser SchR II § 102 II 2 (S. 351); Larenz SchR II § 68 III d 2 (S. 485); Medicus Rn. 688; Wilhelm, S. 152 f.; Kupisch, S. 73; U. Meyer, S. 78 f.; v. Caemmerer, Festschr. f. Dölle I, S. 164; Flume JZ 62, 282; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 826 f.; v. Olshausen JZ 75, 29; Lopau JuS 75, 776. *Kritisch*: Joerges JuS 75, 515; Wieling JZ 77, 292 f.

³⁰⁹ S. o. N. 300.

³¹⁰ Vgl. OLG Hamm MDR 75, 53; Esser SchR II § 102 II 2 (S. 350/351); Medicus Rn. 688; Koppensteiner/Kramer, S. 51; Reeb JuS 72, 584 f.

gesehen.³¹¹ Nach der Auffassung des BGH³¹² muß bei Mißverständnissen zwischen dem Zuwendenden und dem Empfänger „folgerichtig auch für die Frage, welchen Weg der Übergang des Eigentums an den gelieferten Gegenständen nimmt, die Sicht des Empfängers maßgeblich sein“. Die Irrtumsproblematik läßt sich *nicht* auf die von D getroffene Zweckbestimmung beschränken.

3. Das Regelungsproblem

Das in den Irrtumsfällen gestellte Regelungsproblem läßt sich in die *Frage* zusammenfassen, *wer das Risiko der Insolvenz des S trägt*, wenn E im Vertrauen darauf, von diesem eine Leistung empfangen zu haben, im Valutaverhältnis gegenleistet oder Sicherheiten aufgibt. Es geht also darum, das Vertrauen des E in angemessener Weise zu schützen.³¹³

4. Die Lösung der Irrtumsfälle

a) Der Ansatz

aa) Der Schein einer Anweisungsleistung

Auch die Lösung der Irrtumsproblematik muß bei dem bereits erarbeiteten Verständnis der Anweisungsleistung ansetzen. Dieses muß sich umgekehrt an den Irrtumsfällen bewähren. Um eine Anweisungsleistung geht es insofern, als für den E der Anschein einer Leistung des D „für Rechnung“ des S entsteht. E vertraut darauf, daß D „für Rechnung“ des S handelt und daß eine wirksame Anweisung des S vorliegt. Selbst wenn man einseitig auf die Sicht des E („Empfängerhorizont“) abstellt, also dem Handeln des D die normative Bedeutung einer Zuwendung „für Rechnung“ des S gibt und D die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung versagt, *so fehlt es immer noch an einer rechtsgeschäftlich wirksamen Anweisung des S*³¹⁴ *und an einer Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis*. Es geht also bei der Leistung des D nicht nur um Auslegung, um die Bestimmung des Erklärungssinnes, sondern vor allem darum, ob die mit der Erklärung intendierte Fremdwirkung gegenüber S eintritt. Die allgemeinen Grundsätze über die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen reichen daher nicht aus, um die Empfängerhorizont-Lehre des BGH zu begründen. Sie geht vom Bestehen einer Anweisung des S und einer Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis aus, obwohl diese *rechtsgeschäftlich* nicht vorliegen. Ein so weitgehender *Vertrauensschutz* für E ist nur möglich, wenn

³¹¹ Vgl. BGH NJW 74, 1132 (1133); Weitnauer NJW 74, 1732; Picker NJW 74, 1790 f.; Joerges JuS 75, 518; Lopau JuS 75, 774 f., 778; v. Olshausen JZ 75, 30 f.; Wieling JZ 77, 291 ff., 294 ff.

³¹² NJW 74, 1132 (1133).

³¹³ Vgl. OLG Hamm MDR 75, 53; Zeiss AcP 165 (1965), 332 ff.; Esser SchR II § 102 II 2 (S. 350); Koppensteiner/Kramer, S. 51; U. Meyer, S. 70/71; Staudinger/W. Lorenz¹² § 812 Rn. 60.

³¹⁴ Vgl. Beuthien, S. 299 N. 64; Kupisch, S. 70.

die Voraussetzungen einer Rechtsscheinhaftung des S analog §§ 170ff. gegeben sind.³¹⁵

bb) Die Bestimmung des Leistungsverhältnisses durch Auslegung des Zuwendungsgeschäfts

Die von E angenommene Zuwendung des D „für Rechnung“ des S ist, wie eine Zuwendung „im Namen“ des S, ein einheitliches Rechtsgeschäft, die Kundgabe des „Vertretungswillens“ bildet einen wesentlichen Bestandteil des „für fremde Rechnung“ vorgenommenen Rechtsgeschäfts.³¹⁶ Es ist eine Frage der Auslegung des Zuwendungsgeschäfts, ob die Zuwendung „für eigene Rechnung“ des D oder „für Rechnung“ des S, also mit der Intention der Fremdwirkung erfolgt. Das Zuwendungsgeschäft kommt durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung des D zustande.³¹⁷ Erkennt man an, daß „das Leistungsverhältnis“ durch den Inhalt des Zuwendungsgeschäfts (Handeln für eigene oder fremde Rechnung) bestimmt wird, so ist das Leistungsverhältnis durch Auslegung des Zuwendungsgeschäfts nach den für empfangsbedürftige Willenserklärungen geltenden Grundsätzen zu ermitteln.³¹⁸ Daß Leistender und Leistungsempfänger nicht durch „die Zwecksetzung“ im Sinne der Tilgungsbestimmung, der Bezugsetzung der Zuwendung zu einem Kausalverhältnis bestimmt werden, wurde oben gezeigt.³¹⁹ Ergibt sich kein eindeutiger normativer Erklärungssinn, ist in den Vorschriften über die Unwirksamkeit von Willenserklärungen eine Abwicklungsregelung zu suchen.

Gegen die Anwendung der für empfangsbedürftige Willenserklärungen geltenden Auslegungsgrundsätze werden verschiedene Bedenken vorgebracht. *Larenz*³²⁰ wendet ein: Die Bestimmung des Leistungsverhältnisses stehe dem Leistenden zu. Es handle sich dabei zwar um einen Akt der Privatautonomie, aber nicht um eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Leistenden, die wenigstens Zugang erfordern würde. Die Vorschriften über die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen paßten daher nicht. In der Tat passen diese Vorschriften nur dann, wenn man den Akt der Privatautonomie, der Leistenden und Leistungsempfänger bestimmt, als empfangsbedürftige Willenserklärung oder geschäftsähnliche Erklärung versteht. Ob er so zu verstehen ist, kann nicht ad hoc für die „Irrtumsfälle“ entschieden werden, sondern nur im Rahmen einer Konzeption der Anweisungsleistung, ja der Leistung überhaupt. Die Analogie zwischen Anweisungsleistung und Vertretergeschäft im Sinne der §§ 164ff. hat sich bisher bewährt und wird sich über den Bereich des Bereicherungsrechts hinaus als tragfähig erweisen. Sie ist auch einer

³¹⁵ S.o. IV 2 b–i.

³¹⁶ Vgl. Mot. I, 225 (zur Stellvertretung im Sinne der §§ 164ff.).

³¹⁷ Erfolgt die Zuwendung durch tatsächliches Handeln, wird nur der Wille, „für fremde Rechnung“ zu leisten, erklärt.

³¹⁸ So i.E. die in N. 303 Genannten, die jedoch allein auf die *Zweckbestimmung* abstellen, die nach h.M. das „Leistungsverhältnis“ bestimmt.

³¹⁹ S.o., insbes. § 2 III 2.

³²⁰ SchR II § 68 III d2 (S. 485).

Lösung der Irrtumsproblematik zugrunde zu legen. Danach bestimmt der Leistende „das Leistungsverhältnis“ durch den Abschluß des Zuwendungsgeschäfts „für eigene Rechnung“ oder „für Rechnung“ eines Dritten, also jedenfalls durch empfangsbedürftige Willenserklärung.

*Köndgen*³²¹ führt aus, die Dimension der Leistung sei mit der Kategorie der Willenserklärung nicht erschöpfend charakterisiert. Privatautonome Selbstbindung und Verteilung von Insolvenzrisiken stellten je verschiedene Ordnungsaufgaben. Demgegenüber ist zu betonen: Soweit die Leistung ausschließlich in einem Rechtsgeschäft besteht (z. B. in einer Zession), wird sie mit der Kategorie der Willenserklärung zutreffend charakterisiert. Jedenfalls die Erklärung, „für fremde Rechnung“ leisten zu wollen (die Kundgabe des Willens zur Fremdwirkung) ist auch bei Anweisungsleistungen mit rein tatsächlichem Inhalt Rechtsgeschäft. Gerade in diesen Fällen löst sich die Anweisungsleistung von dem tatsächlichen Zuwendungsvorgang, weist sie die Zuwendung bestimmten Subjekten zu, setzt sie zwischen bestimmten Subjekten eine Zuwendung in Geltung. Der Aspekt der Leistung als Willenserklärung mag nicht der einzige sein, er ist jedoch der für die Bestimmung des Leistungsverhältnisses wesentliche. Privatautonome Selbstbindung und Verteilung von Insolvenzrisiken schließen sich nicht aus. Die Verteilung von Insolvenzrisiken ist häufig direkter Regelungsgegenstand oder zumindest mitgewollte Nebenfolge rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen. Soweit solche Risiken durch Leistung übernommen werden, liegt die Übernahme wiederum in der Leistung als rechtsgeschäftlichem oder geschäftsähnlichem Willensakt. Es besteht also kein Grund dafür, Leistungsgeschäfte nicht nach den allgemein für empfangsbedürftige Willenserklärungen geltenden Regeln auszulegen.

*Wilhelm*³²² lehnt die von der h. M. gestellte Alternative der Bestimmung des Leistenden entweder nach der Sicht des Empfängers oder nach dem inneren Willen des D ab. Die Parteien der Leistung seien durch das Merkmal „aus dem Vermögen“ festgelegt, es könne also auf die Zweckbestimmung der Leistung erst für die Frage ankommen, auf welchen von mehreren in Betracht kommenden Rechtsgründen die als solche feststehende Leistung bezogen sei. Zu prüfen sei also in erster Linie, aus welchem Vermögen der Empfänger die Leistung erlangt habe. *Wilhelm* ist darin zuzustimmen, daß die Personen des Leistenden und Leistungsempfängers nicht durch die Tilgungsbestimmung festgelegt werden, die nur für die – nach Parteien und Inhalt bereits definierte – Zuwendung den Bezug zu einer causa herstellt. Aber er übersieht, daß gerade für die Frage, „aus welchem Vermögen“ E die Zuwendung erlangt, die Auslegung der Leistung des D entscheidend ist. Die Auslegung dient auch dazu, die Bedeutung des von D vorgenommenen dinglichen Rechtsgeschäfts zu ermitteln, das die Parteien der Leistung bestimmt.

Wenn die Leistungsrisiken im vorliegenden Fall nicht nach den zwischen D und E zustande gekommenen rechtsgeschäftlichen Regelungen, sondern „nach objektiven

³²¹ Festg. f. Esser, S. 71.

³²² S. 149.

Kriterien“ verteilt werden, kommt es auf die Auslegung des von D vorgenommenen Leistungsgeschäfts nicht an. Nach *Weitnauer*³²³ vernachlässigt der BGH bei seiner Lehre von der Maßgeblichkeit des Empfängerhorizonts die Verschiedenheit der inneren Vorstellungen der Parteien und des Parteiwillens gänzlich „zugunsten rein objektiver Zurechnungskriterien“. Der BGH rechne dem D nicht Begleitumstände seiner Erklärung oder eine Erklärungsbedeutung zu, sondern unmittelbar Leistungsrisiken, letztlich das Risiko der Insolvenz des S. Ebenso meint *Joerges*,³²⁴ für den BGH gebe schließlich „die Interessenlage“ den Ausschlag: Bestimmungsfaktoren für den Zweck der Leistung und damit das Leistungsverhältnis seien nicht mehr die Entschließungen der Beteiligten, sondern die objektiv beurteilte Schutzbedürftigkeit des Bauherrn (E) und die rechtliche Anerkennung seines Bestrebens, sich durch die Beauftragung des Bauunternehmers (S) von der Durchführung des Baus zu entlasten. Auch nach *Kupisch*³²⁵ ist weder eine rechtsgeschäftliche noch eine vertrauensrechtliche Lösung möglich; daher sei „nach objektiven Kriterien“ zu entscheiden. *Weitnauer* macht es dem BGH zum Vorwurf, daß er gegebene Möglichkeiten einer rechtsgeschäftlichen Konfliktlösung ungenutzt ließ. *Kupisch* sieht die objektive Risikozurechnung als letztes Mittel an, um ein non liquet zu vermeiden. Beide gehen damit vom Vorrang rechtsgeschäftlicher Regelung und gesetzlicher Vertrauenshaftung vor „objektiven“, d.h. freirechtlichen Lösungen aus. Anders *Joerges*: Für ihn sind die rechtsgeschäftliche Regelung (Selbstbestimmung) und die Vertrauenshaftung (Selbstverantwortung des Subjekts) grundsätzlich fragwürdige und zumindest teilweise überholte Mittel der Risikoverteilung. Dies zeigt deutlich seine Kritik an *Flume*.³²⁶ Für *Flume* gehe es im Bereicherungsrecht um „die Autonomie des Eigentümers bei Entäußerungen aus seinem Vermögen und dessen prinzipielle Verantwortlichkeit für Entscheidungen über die eigenen Güter“. Darin setze sich eine Privatrechtskonzeption fort, die im bürgerlichen Recht nicht mehr und nichts anderes als die Zuweisung und formale Abgrenzung von subjektiven Rechten sehe. Auf einer solchen Basis sei es nicht möglich, „den veränderten Verhaltenserwartungen, die sich aus einer Komplizierung vertragsrechtlicher Beziehungen gerade innerhalb von Dreierbeziehungen ergeben, angemessene Rechnung zu tragen“. Erst recht sei es ausgeschlossen, „soziale Funktionen des Vertrags- und Bereicherungsrechts systematisch zu berücksichtigen“. Die Risiken der Einschaltung des S und von dessen Insolvenz könnten so nicht „als soziales Problem“ erfaßt werden. Das Recht der Leistungskondiktion ist in der Tat an die Vermögensentscheidung des Eigentümers gebunden. Es setzt ein funktionierendes System der Güterzuordnung (Rechtszuständigkeit und Verfügungsbefugnis) und geregelte Formen der Rechtsänderung voraus. Diese formale Ordnung ist notwendig, in ihr erschöpft sich das bürgerliche Recht jedoch nicht. Vor allem ist ihm die materielle Ungleichheit der Rechtssubjekte nicht gleichgültig. Sie wird z.B. im Arbeitsrecht

³²³ NJW 74, 1731; NJW 79, 2010.

³²⁴ AG 76, 317/318.

³²⁵ S. 71f.

³²⁶ JuS 75, 516f.

berücksichtigt oder im Mietrecht (vgl. §§ 537 III, 538 I, 1. Alt., 550a, 552a, 554 II, 554b, 556a, 556b, 556c, 557a II, 564a, 564b VI, 565, 569a). Zudem wird das Privatrecht vom öffentlichen Recht überlagert, das eine Vielzahl sozialrechtlicher Vorschriften enthält und, soweit es eine Umverteilung der Einkommen und Vermögen bewirkt, auch die materielle Grundlage des Privatrechts verändert. Es ist kein Fehler des Privatrechts, wenn es bestimmte Regelungsaufgaben anderen Bereichen der Rechtsordnung überläßt. Jedenfalls aber erscheint es willkürlich, den sozialen Gehalt einer Rechtsordnung gerade im Bereicherungsrecht zu suchen. Wenn materiell ungleiche Partner – ungleich an Eigentum oder wirtschaftlicher Macht – einen Vertrag geschlossen und ausgeführt haben, so kann ein sozialer Ausgleich nicht dadurch geschaffen werden, daß dem Mächtigeren seine Leistung bei Unwirksamkeit des Vertrags (teilweise) nicht rückerstattet wird. Zudem liegt in den „Irrtumsfällen“ ein soziales Problem, d.h. ein Problem des Vermögens- oder Machtgefälles typischerweise nicht vor. Dies zeigt ein Blick auf die Personen, zwischen denen die Gerichte in den entschiedenen Fällen das Risiko der Insolvenz des S zu verteilen hatten: Es handelte sich um den Käufer von 2350 Pfund Rindfleisch (für 9400,- RM) (E) und einen Metzger, den Lieferanten des Fleisches (D),³²⁷ einen Bauherrn (E) und einen Bauunternehmer (D),³²⁸ einen Bauherrn (E) und einen Hersteller von Elektrogeräten oder Großhändler (D),³²⁹ den Käufer von Hemden im Wert von 118 581,30 DM (E) und den Hersteller der Hemden (D),³³⁰ einen Bauherrn (E) und einen Heizungsinstallateur (D)³³¹ usw. Ein erhebliches soziales Gefälle zwischen Bauherrn (E) und Bauhandwerker (D) oder Käufer (E) und Hersteller oder Lieferant (D) ist nicht festzustellen. Damit besteht *kein* „soziales Problem“ im eigentlichen Sinne. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern soziale Veränderungen zu geänderten „Verhaltenserwartungen“ der Parteien geführt haben sollten, ganz abgesehen von der Frage nach der Maßgeblichkeit solcher Erwartungen. Bereicherungsrechtliche Dreieckskonstellationen hat es bereits im antiken Rom gegeben.³³² Das Risiko der Insolvenz des S mußte bei einem Mißverständnis über die Richtung der Zuwendung und ihre Zweckbestimmung auch damals entweder D oder E tragen. Eine nennenswerte „Komplizierung vertragsrechtlicher Beziehungen“ hat es in diesem Punkt seither nicht gegeben. Nur die Häufigkeit des Einsatzes von Subunternehmern oder Verkaufsagenten mag zugenommen haben. Die „soziale Funktion“ des Vertragsrechts besteht auch heute noch in der Regelung des Zusammenwirkens mehrerer zur Befriedigung der Lebensbedürfnisse und bei der freien Gestaltung des Lebens. Die Grenzen der Parteiautonomie mögen enger geworden sein, aber innerhalb dieser Grenzen gibt es ein freies Spiel der Kräfte, in dem sich der Mensch verwirklicht (vgl. Art. 2 I, 14 GG). In diesen Bereich gehört die Leistungskondition. Sie ist

³²⁷ RG 98, 64.

³²⁸ BGH 36, 30.

³²⁹ BGH 40, 272.

³³⁰ BGH NJW 74, 1132.

³³¹ OLG Hamm MDR 75, 53.

³³² S.o. § 4 II 2 a.

ihrem Wesen nach ein „konservativer“ Rechtsbehelf, da sie den Zustand vor der Leistung wieder herzustellen strebt.

Joerges' Absage an das geltende Privatrecht überzeugt ebenso wenig wie *Kupischs* Skepsis. Die Lösung des vorliegenden Risikoverteilungsproblems ist daher mit den klassischen Mitteln des Privatrechts zu versuchen: mit der Auslegung des Leistungsgeschäfts des D und, bei ihrem Versagen, mit den Grundsätzen über die Vertrauenshaftung.

b) Die Auslegung der empfangsbedürftigen Willenserklärung

Ist die Frage der Bestimmung des Leistenden und des Leistungszwecks in den „Irrtumsfällen“ ein Problem der Auslegung des Zuwendungsgeschäfts und der Tilgungsbestimmung des D, so muß es durch Anwendung der allgemeinen Auslegungsgrundsätze lösbar sein. Andererseits können Schwierigkeiten der Auslegung im vorliegenden Fall zu einer Klärung der allgemeinen Grundsätze beitragen.

aa) Innerer Wille oder äußerer Erklärungstatbestand

Häufig wird betont, der Leistungswille des D sei nur insoweit relevant, als er „objektiv erkennbar“ sei;³³³ nicht auf den „inneren Zuwendungswillen“ des D komme es an, sondern auf das „äußere Erscheinungsbild dieses Willens“.³³⁴ Diese und ähnliche Äußerungen³³⁵ werden in der Regel nicht dogmatisch begründet. Das OLG Nürnberg verweist in diesem Zusammenhang auf die „im bürgerlichen Recht herrschende Erklärungstheorie“.³³⁶ Indessen erkannten sogar die Vertreter der *Willenstheorie* im 19. Jahrhundert an, daß nur gelten kann, was auch erklärt ist.³³⁷ Von diesem Auslegungsgrundsatz darf für das Leistungsgeschäft des D bei den „Irrtumsfällen“ keine Ausnahme gemacht werden. *Wieling*³³⁸ ist der Auffassung, wer die Leistung des D nach dessen Horizont auslege, also eine direkte Leistung an E auf eigene Schuld annehme, stelle auf den inneren Willen des D ab. Er spricht von einer „Revolutionierung des Rechts der Willenserklärungen“; die so verstandene Zweckbestimmung des D stelle eine „monströse Art von Willenserklärung“ dar. Diese Theorie stellt jedoch *nicht* auf den inneren Willen des D ab, sondern erklärt nur seine Sicht davon für maßgebend, wie der Empfänger seine *Willensäußerung* aufnehmen mußte. *Gegenstand* der Auslegung ist auch hier die Erklärung des D als äußerer Tatbestand. Doch werden für die Auslegung Begleitumstände der Erklärung aus der Sphäre des D herangezogen, die E weder kannte noch kennen mußte.

³³³ Larenz SchR II § 68 III d 2 (S. 485).

³³⁴ Beuthien, S. 299.

³³⁵ Vgl. BGH 40, 272 (278); OLG Nürnberg MDR 64, 55; Palandt/Thomas § 812 Anm. 5 Bb; Fikentscher SchR § 99 II 1 a (S. 578/579); Wieling JZ 77, 292 f.

³³⁶ AaO.

³³⁷ Vgl. Savigny, System III, S. 258; Flume AT II § 4, 6 (S. 54 ff.). Der Streit mit der Erklärungstheorie ging nur darum, ob das Erklärte auch dann Geltung habe, wenn es der Erklärende nicht (so) gewollt hatte (Flume aaO).

³³⁸ JZ 77, 292.

Insofern stellt diese Meinung das Gegenstück dar zur Lehre des BGH von der Maßgeblichkeit des „Empfängerhorizonts“.

bb) Die Grundsätze für die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen

Nach heute einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum sind empfangsbedürftige Erklärungen „mit Rücksicht auf die Verständnismöglichkeiten des *Empfängers*“ auszulegen.³³⁹ Verbreitet ist die Ansicht, daß die als rechtsverbindlich anzusehende Bedeutung der Erklärung auch dem *Erklärenden* zurechenbar sein muß.³⁴⁰ Findet die Rücksichtnahme auf den Empfängerhorizont ihre Grundlage in dem Gedanken der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes,³⁴¹ so ergibt sich die Anwendung des Zurechnungsgedankens auf den Erklärenden aus dem Prinzip der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung. Rechtsverbindlich kann danach nur eine Erklärungsbedeutung sein, mit der der Erklärende rechnen mußte. Im Gesetz findet diese Auffassung eine Stütze in § 133, der „besonders die Berücksichtigung des Erklärenden, zwar nicht seiner subjektiven Auffassung, aber der ihm objektiv möglichen und gebotenen Auffassung“ verlangt.³⁴² Wendet man den Zurechnungsgedanken auf Erklärenden und Empfänger gleichmäßig an, so können bei der Ermittlung der objektiven Erklärungsbedeutung nur Verständnismöglichkeiten des Erklärenden Berücksichtigung finden, mit denen auch der Empfänger, und nur Verständnismöglichkeiten des Empfängers, mit denen auch der Erklärende rechnen mußte.³⁴³ Diese Parität soll auch für die Heranziehung von Begleitumständen gelten, die den Erklärungssinn bestimmen: Nach *Weitnauer*³⁴⁴ kann es als „gesicherte Faustregel“ gelten, daß für die Auslegung der Willenserklärung kein Umstand maßgebend sein darf, der nur *einer* Partei bekannt ist. *Kenntnis* zu verlangen, wäre freilich ein zu enger Zurechnungsmaßstab; auch die *Erkennbarkeit* der Umstände für einen Beteiligten muß genügen, um ihm diese Umstände und die sich aus ihnen ergebende Erklärungsbedeutung zuzurechnen.³⁴⁵ Auch das Abstellen auf die Erkennbarkeit der Umstände ist jedoch noch zu eng, was Umstände angeht, die in der *Sphäre* einer Partei liegen: Wird die Erklärungsbedeutung durch Umstände beeinflusst, die der Sphäre einer Partei angehören, so ist sie *dieser* Partei aufgrund des Gedankens der Risikoverteilung nach Sphären ohne Rücksicht auf Kenntnis oder Kennenmüssen zurechenbar.³⁴⁶ Der „Sphäre“ einer Person ist alles zuzurechnen,

³³⁹ Vgl. Larenz AT § 19 II (S. 295) m. Nachw.

³⁴⁰ S. o. N. 306.

³⁴¹ Vgl. Beuthien, S. 299; v. Craushaar, S. 40 ff.

³⁴² Larenz, Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 76.

³⁴³ Vgl. insbes. Kramer, S. 152 f.

³⁴⁴ NJW 74, 1731. Vgl. auch v. Tuhr AT II 1, S. 534 ff.; Enneccerus/Nipperdey AT § 206 II (S. 1259); Flume AT II § 16, 3 c (S. 310 ff.); Larenz, Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 72 f.; Lüderitz, S. 303; M. Wolf, S. 79; Serick Bd. IV, S. 658; U. Meyer, S. 73; v. Caemmerer, Festschr. f. Dölle I, S. 159; Wieling JZ 77, 294 bei N. 25.

³⁴⁵ Vgl. Enneccerus/Nipperdey, Lüderitz aaO.

³⁴⁶ Vgl. RG 68, 6 (Semilodei); zustimmend Larenz, Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 74 ff.; Wieling JZ 77, 293 f.

was nach der Anschauung des Verkehrs ihrem Lebenskreis oder Geschäftsbereich angehört, insbesondere eigene Handlungen und Erklärungen. Zur persönlichen Sphäre des Erklärenden oder Empfängers gehören daher auch Erklärungen in Abwesenheit des anderen Teils³⁴⁷ und Geschäfte mit Dritten.³⁴⁸ Als *Formel* für die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen läßt sich somit festhalten: Die normative Erklärungsbedeutung wird nur von solchen Begleitumständen bestimmt, die beiden Parteien zurechenbar sind. Umstände der eigenen Sphäre werden jeder Partei auch ohne Kenntnis oder Erkennbarkeit (Sorgfaltsverstoß) zugerechnet, allein aufgrund der objektiven Verantwortlichkeit für die eigene Sphäre. Andere Umstände werden jeder Partei nur zugerechnet, wenn sie ihr bekannt oder erkennbar sind.

cc) Vorläufige Folgerungen aus diesen Auslegungsgrundsätzen

Aus dem Bisherigen ergibt sich für die Auslegung der Leistung des D: Erklärender (D) und Empfänger (E) fassen die Erklärung verschieden auf. Die von D gemeinte Bedeutung ist E nicht zurechenbar, da er bestimmte Umstände aus der Sphäre des D, die der Erklärung diese Bedeutung geben (das Verhältnis des D zu S), weder kannte noch kennen mußte. Umgekehrt kannte D die Umstände aus der Sphäre des E nicht, die dessen Verständnis der Willenserklärung bestimmten (das Verhältnis des E zu S), und mußte sie auch nicht kennen. Für E und D war die Erklärung jeweils subjektiv eindeutig, objektiv ist sie nicht mehrdeutig, sondern ohne jede beiden Parteien zurechenbare und damit rechtsverbindliche Bedeutung.³⁴⁹ Sie ist *unwirksam*; d.h. unwirksam ist nicht nur die *Zweckbestimmung* (Tilgungsbestimmung), sondern auch die *Zuwendung* des D an E, da nicht nur unbestimmt ist, auf welche Forderung die Zuwendung bezogen werden, sondern ebenso, „für wessen Rechnung“ sie erfolgen soll. Rechtsfolge ist nicht eine *condictio sine causa* des D gegen E, sondern die Vindikation oder ein Stornorecht des D. Diese Lösung erscheint als konsequentes Ergebnis der allgemeinen Auslegungsgrundsätze und dennoch als *unannehmbar*, da sie das Risiko der fehlgeschlagenen Erklärung, letztlich das Risiko der Insolvenz des S, allein E auflädt. Die Frage nach einem angemessenen *Vertrauensschutz* für E bleibt so ungelöst. Dies gibt Anlaß, den zur Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen *vorläufig* eingenommenen Standpunkt und seine Konsequenzen für die „Irrtumsfälle“ in der Auseinandersetzung mit den in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Meinungen zu überprüfen.

dd) Die Lehre von der Maßgeblichkeit des „Empfängerhorizonts“

Zur Begründung der in der Rechtsprechung herrschenden Lehre vom „Empfängerhorizont“³⁵⁰ wird unter anderem vorgetragen: Sie entspreche der im bürgerlichen

³⁴⁷ RG 88, 412 (417); Lüderitz, S. 303.

³⁴⁸ RG 84, 320 (324 f.); Lüderitz aaO.

³⁴⁹ Es liegt eine Art „Dissens“ vor (s.o. N. 300).

³⁵⁰ BGH 40, 272 (278); 58, 184 (188); BGH WM 78, 1053 f.; OLG Koblenz WM 76, 94 (95). Weit. Nachw. bei RGRK (Heimann-Trosien)¹² § 812 Rn. 18 und Koppensteiner/Kramer, S. 51.

Recht herrschenden *objektiven Erklärungstheorie*;³⁵¹ D müsse die vom Empfänger verstandene Erklärungsbedeutung gegen sich gelten lassen, da er es in der Hand gehabt habe, sich auch für den Empfänger eindeutig auszudrücken.³⁵² Die ältere Rechtsprechung, insbesondere des Reichsgerichts, nach der der Wille des *Leistenden* maßgeblich sei,³⁵³ sei „durch die Fortbildung des bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriffs überholt“.³⁵⁴ Angesichts der starken Lehrmeinung, die eine Zurechenbarkeit der normativen Erklärungsbedeutung auch für den Erklärenden fordert,³⁵⁵ kann indessen nicht mehr von einem allgemeinen Konsens darüber ausgegangen werden, daß *allein* der Verständnishorizont des Empfängers die rechtsverbindliche Erklärungsbedeutung bestimmt. Daß es auf den Verständnishorizont des Erklärenden (D) *nicht* ankam, war zu begründen. Grundsätzlich berechtigt ist der Hinweis darauf, daß D in der Lage war, seine Leistung in einer auch für E eindeutigen Weise zu kennzeichnen. Freilich hatte er nach den ihm bekannten Umständen keine Veranlassung, weitere Erklärungen abzugeben, da die Umstände der Leistung nach seiner Sicht auch für E eindeutig waren. Der Vorwurf unsorgfältigen Verhaltens bei der Erklärung kann D daher *nicht* gemacht werden.³⁵⁶ Es bleibt jedoch ein Moment der objektiven Risikozurechnung: Allein D beherrschte das Risiko eines Mißverständnisses seiner Leistung. Durch eine begleitende Erklärung hätte er mit geringer Mühe Richtung und Zweck der Leistung auch für E eindeutig klarstellen können. Wenn D sich auf die Schlüssigkeit der Umstände verläßt, so trägt er das Risiko eines Mißverständnisses seiner Leistung.³⁵⁷

Nicht ohne weiteres ist ersichtlich, wie die Fortbildung des bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriffs die These des BGH von der Maßgeblichkeit des Empfängerhorizonts stützen soll. Die Finalisierung des Leistungsbegriffs führt, jedenfalls zunächst, zu einer Betonung des Willens des *Leistenden* und zielt nicht auf einen Vertrauensschutz für den Leistungsempfänger. Freilich machte die Aufwertung der *Zweckbestimmung* die Regeln über die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen anwendbar und mit ihnen den Grundsatz, daß die rechtsverbindliche Erklärungsbedeutung allein nach dem geäußerten Willen und mit Rücksicht auf den Empfängerhorizont festzustellen ist. Doch genügt dies nicht, um die Lehre vom „Empfängerhorizont“ zu begründen.³⁵⁸

Wenn der BGH in den Baufällen allgemein auf das Schutzbedürfnis des E hinweist für den Fall, daß sein Vertragspartner S Dritte bei der Leistung zuzieht, so ist auch dieses Argument nicht ohne weiteres schlüssig. E konnte den S vertraglich zu

³⁵¹ BGH 40, 272 (278); OLG Nürnberg MDR 64, 55.

³⁵² OLG Nürnberg aaO; Baur/Wolf JuS 66, 396 f.; Möschel JuS 72, 301; U. Meyer, S. 71.

³⁵³ S.o. N. 307.

³⁵⁴ BGH NJW 74, 1132 (1133).

³⁵⁵ S.o. N. 342 ff.

³⁵⁶ Anders Serick Bd. IV, S. 659, und wohl auch Larenz SchR II § 68 III d 2 (S. 485); Beuthien, S. 299.

³⁵⁷ S.u. unter c.

³⁵⁸ S.o. unter 4a, aa.

persönlicher Leistung verpflichten. Dann wäre sowohl eine mittelbare Leistung des S als auch eine Drittleistung nach § 267 ausgeschlossen gewesen. Wenn eine solche wirtschaftlich unzumutbare Vereinbarung zwischen E und S nicht getroffen wurde, ist nicht einzusehen, warum nicht auch E einen Teil des Risikos der Einschaltung von Subunternehmern tragen soll. Allenfalls könnte man sagen, der Vertrag zwischen E und S sei typischerweise so auszulegen, daß *in ihrem Verhältnis* S allein das Risiko von Störungen der Leistungsabwicklung mit den Subunternehmern trage. Die Risikoverteilung zwischen D und E wird davon nicht beeinflusst.

Ein weiteres Argument zugunsten des „Empfängerhorizonts“ wird den vom BGH entschiedenen Baufällen entnommen: Falls D Installationsmaterial in das Haus des E einbaute, an ihn also durch den Einbau mit der gesetzlichen Rechtsfolge des § 946 eine Leistung erbrachte, hätte E, wenn man dem D die Durchgriffskonklusion gewährte, den Wert der Leistung zurückzuerstatten (§§ 951, 812 I, 818 II), der eingebaute Leistungsgegenstand würde ihm bleiben. Zugleich bestünde aber das Schuldverhältnis zwischen E und S fort. E wäre also verpflichtet, auch die Leistung des S abzunehmen und zu bezahlen. Er liefe damit Gefahr, zwei inhaltsgleiche Leistungen zu erhalten und vergüten zu müssen.³⁵⁹ Dagegen wird eingewendet,³⁶⁰ eine zweite Leistung könne E durch S deshalb nicht aufgedrängt werden, weil durch den Einbau der Installationsmaterialien seitens des D im Valutaverhältnis Zweckerreichung eingetreten sei. Die Zweckerreichung sei nach Unmöglichkeitregeln zu behandeln. Da sie weder von E noch von S zu vertreten sei, brauche E keine Leistung des S anzunehmen und es stünden S keine Gegenleistungsansprüche zu (§§ 275, 323). Dem ist zuzustimmen. Die Gefahr, daß E zwei Leistungen abnehmen und eine doppelte Vergütung leisten muß, entfällt zudem von vornherein in all den Fällen, in denen eine Rückgabe des Empfangenen möglich ist, da dann E dem D den Leistungsgegenstand in Natur rückzuerstatten hat (§ 818 I). E bleibt weiter an der Leistung des S interessiert.³⁶¹ Dasselbe gilt, wenn der Leistungsgegenstand bei E ersatzlos untergegangen ist und dieser sich gegenüber D auf die dadurch eingetretene Entreicherung berufen kann.³⁶² Nur in dem Fall, daß der Leistungsgegenstand mit entreichernder Wirkung untergegangen ist, E aber der verschärften Haftung nach §§ 818 IV, 819 I, 820 unterliegt und dem Leistenden (D) den Wert ersetzen muß (§ 818 II), hat E zweimal zu zahlen, da dann eine Unmöglichkeit der Leistung des S nicht gegeben ist und dessen Gegenleistungsanspruch bestehen bleibt. Diese Belastung trifft E freilich nur aufgrund der verschärften Haftung gegenüber D und daher nicht unbillig.³⁶³

Lopau³⁶⁴ weist darauf hin, daß D zu der Zuwendung durch S veranlaßt wurde, also im Vertrauen auf das Verhalten des S leistete. Daher sei es nicht unangemessen,

³⁵⁹ Baur/Wolf JuS 66, 396.

³⁶⁰ Esser SchR II § 102 II 2 (S. 350); Berg JuS 64, 141; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 72.

³⁶¹ Köndgen aaO.

³⁶² Köndgen aaO.

³⁶³ Köndgen aaO.

³⁶⁴ JuS 75, 777.

daß D sich wegen seines durch S enttäuschten Vertrauens eben an S zu halten habe. Dies bedeutet ein Verbot der Durchgriffskondition gegen E, letztlich die Maßgeblichkeit des „Empfängerhorizonts“. Die Argumentation mit dem „enttäuschten Vertrauen“ des D ist freilich zu wenig differenziert: Es kommt darauf an, wie weit sich D in seinem Vertrauen exponiert hat, welche Risiken er übernahm. Hier berührt sich *Lopaus* Argument mit einem von *Medicus*³⁶⁵ vorgetragenen Gesichtspunkt: D sei nicht schutzwürdig, da er es unterlassen habe, sich über die Vollmacht des S zu vergewissern und an E auf Kredit geliefert habe. Auch diese Überlegung trifft nicht zu. Wenn D es unterläßt, sich der Vollmacht des S zu versichern, so nimmt er damit das Risiko auf sich, daß das Geschäft gegenüber E nicht wirksam ist, seine Leistung an E also ohne Rechtsgrund erfolgt und er sie von ihm nach § 812 I 1, 1. Alt. (condictio indebiti) zurückfordern muß, neben Ansprüchen gegen S aus § 179.³⁶⁶ Das Risiko, *allein* gegen S vorgehen zu können, hat D durch den Abschluß mit S bei ungewisser Vollmacht *nicht* übernommen. Durch die Leistung an E auf Kredit hat D das Risiko der Insolvenz des E übernommen, nicht das Risiko der Insolvenz des S. Freilich hat auch E das Risiko der Insolvenz des S nicht übernommen, da er erst an S geleistet hat, als er dem Anschein nach eine Vorleistung des S empfangen hatte.

Wenigstens die *primäre* Maßgeblichkeit des „Empfängerhorizonts“ (abgesehen von der Möglichkeit einer Irrtumsanfechtung) vermögen alle Auslegungslehren zu begründen, die von der Forderung der Zurechenbarkeit des Erklärungssinnes für den Erklärenden absehen.³⁶⁷ Als *Beispiel* kann die Lehre *v. Craushaars* dienen:³⁶⁸ Von *Craushaar* folgt der objektiven Theorie, nach der die Wirksamkeit der Willenserklärung aus der Notwendigkeit des Vertrauensschutzes folgt.³⁶⁹ Die Auslegung erfolgt vom Standpunkt des Erklärungsempfängers aus.³⁷⁰ Sie dient dem Zweck, das berechnete Vertrauen des Erklärungsempfängers zu schützen, eine ausreichend gesicherte Vertrauensgrundlage zu ermitteln.³⁷¹ Bei einer so starken Betonung des Vertrauensschutzes für den Empfänger kann auf eine Zurechnung des Erklärungssinnes gegenüber dem Erklärenden verzichtet werden, wenn dieser nur bewußt eine Erklärung von rechtlicher Relevanz abgegeben hat.³⁷² Soweit dem Empfänger trotz des schutzwürdigen Vertrauens auf die ihm erkennbare Erklärungsbedeutung eine Rücksichtnahme auf die Interessen des Erklärenden zuzumuten ist, geschieht dies

³⁶⁵ Rn. 688.

³⁶⁶ Ansprüche des Geschäftsgegners gegen den Vertreter nach § 179 schließen Bereichsansprüche des Geschäftsgegners gegen den Vertretenen *nicht* aus: BGH 36, 30 (35); RG JW 19, 715 (zust. Anm. Oertmann); OLG Düsseldorf DR 42, 800; RGRK (Scheffler) § 812 Anm. 43; v. Caemmerer, Festschr. f. Rabel I, S. 373; Lopau JuS 75, 776.

³⁶⁷ Vgl. insbes. Larenz AT § 19 IIa (S. 296 f.). S.o. V 4b, bb.

³⁶⁸ S. 40 ff.

³⁶⁹ S. 43 f.

³⁷⁰ S. 40.

³⁷¹ S. 41 m. Nachw.

³⁷² S. 44 f.

im Rahmen der Anfechtungsmöglichkeiten des Erklärenden.³⁷³ Daß dabei der Erklärende stets zumindest den Vertrauensschaden des Empfängers zu ersetzen hat, findet seine Rechtfertigung darin, daß, wer „sich in einen fremden Bedeutungskreis begibt“, sich die dort geltende Bedeutung seiner Erklärung unabhängig davon zu rechnen lassen muß, ob ihn der Vorwurf unzureichender Bedeutungsermittlung trifft.³⁷⁴ Gegenüber dem *allgemeinen* Vertrauen des Erklärenden darauf, daß keine ihm unbekannten Umstände aus der Sphäre des Empfängers die objektive Erklärungsbedeutung bestimmen, ist das auf eine *spezifische* Erklärungsbedeutung gerichtete Vertrauen des Erklärungsempfängers schutzwürdiger.³⁷⁵ Von Craushaars Theorie zeigt, *wie weit die Auslegungslehre im Schutz des „Empfängerhorizonts“ gehen kann*. Sie kann zum Schutz des Empfängers auch einen dem Erklärenden nicht zurechenbaren Sinn für rechtlich maßgeblich erklären, kann den Erklärenden jedoch nicht endgültig an der so bestimmten normativen Erklärungsbedeutung festhalten, sondern muß ihm die *Anfechtung* und damit eine *Beschränkung seiner Haftung auf das negative Interesse* (§ 122) gestatten. Von Craushaars Argumenten ist grundsätzlich zuzustimmen; es muß jedoch an dieser Stelle noch offen bleiben, ob nicht anstelle der von ihm angenommenen primären Wirksamkeit der Erklärung mit nachfolgender Anfechtung und Haftung nach § 122 in den vorliegenden Fällen *von vornherein* eine auf das negative Interesse begrenzte Haftung eintritt.

Der *Anfechtungsausschluß*, von dem die Lehre von der (endgültigen) Maßgeblichkeit des „Empfängerhorizontes“ in den „Irrtumsfällen“ ausgeht, läßt sich zwar – wie gezeigt – nicht aus der allgemeinen Auslegungslehre begründen, doch scheint für ihn die *Vertretungsähnlichkeit* der Anweisungsleistung zu sprechen. Gilt die Zuwendung des D nach der Lehre vom Empfängerhorizont als Zuwendung „für Rechnung“ des S, obwohl D in Wahrheit „für eigene Rechnung“ und auf eigene Schuld leisten will, so gleicht sein Handeln dem eines Vertreters, der im eigenen Namen abschließen will, dessen äußeres Auftreten jedoch den objektiven Sinn des Handelns im Namen eines anderen hat. Für diesen Fall wird vertreten,³⁷⁶ das im Namen des Vertretenen zustande gekommene Geschäft könne nicht wegen des fehlenden Vertretungswillens nach § 119 I (Inhaltsirrtum) angefochten werden. Nach Fikentscher³⁷⁷ ist § 164 II in dem Sinne umkehrbar, daß der Wille, im eigenen Namen zu handeln, unbeachtet bleibt, wenn er unter auf ein Vertretungsverhältnis deutenden Umständen nicht erkennbar hervortrat. Die h. M.³⁷⁸ lehnt diese Umkehrung des § 164 II ab und tritt für eine Irrtumsanfechtung der Vertretererklärung ein. Die Entscheidung ist danach zu treffen, ob zwischen dem Fall, der in § 164 II geregelt ist, und dem Vergleichsfall eine die Analogie tragende Rechtsähnlichkeit

³⁷³ S. 44/45.

³⁷⁴ S. 44.

³⁷⁵ S. 44 N. 3.

³⁷⁶ Palandt/Heinrichs § 164 Anm. 1 b; Fikentscher AcP 154 (1955), 20.

³⁷⁷ AaO.

³⁷⁸ Vgl. Staudinger/Coing § 164 Rn. 5; Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 164 Rn. 27; v. Tuhr AT II 2, S. 346 f.; Enneccerus/Nipperdey AT § 178 II 2 (S. 1092); Flume AT II § 44 III (S. 776); Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 827.

besteht. Die Motive³⁷⁹ führen zum jetzigen § 164 II BGB aus: Fehle es an der Kundgabe des Vertretungswillens und habe der Handelnde nicht beabsichtigt, das Geschäft im eigenen Namen abzuschließen, so griffen an sich die Vorschriften über Willensmängel ein. „Das Gewollte ist nicht erklärt und das Erklärte nicht gewollt“. Das „praktische Bedürfnis“ erfordere jedoch eine andere Gestaltung. Die Zulassung der Irrtumsanfechtung würde „Schikanen und Streitigkeiten in zahlreichen Fällen Tür und Tor öffnen“, was besonders im Hinblick auf die Häufigkeit der mittelbaren Stellvertretung unerträglich sei. Wenn jemand im *eigenen* Namen handeln *will*, sein Handeln aber den *Erklärungswert* des Handelns in *fremdem* Namen hat, ist die Problematik eine wesentlich andere.³⁸⁰ Eine Verwirrung von mittelbarer und unmittelbarer Vertretung ist letztlich nicht zu befürchten. Der Fall kann zwar auch dann praktisch werden, wenn der Handelnde als mittelbarer Vertreter handeln wollte. Doch hat in diesen Fällen der „Vertreter“ in der Regel an einer Anfechtung kein Interesse, ist es ihm gleichgültig, wenn das Geschäft für und gegen den „Vertretenen“ wirkt: Falls der Vertretene das Geschäft nach § 177 I genehmigt, haftet der „Vertreter“ dem Geschäftsgegner nicht. Anderenfalls haftet er, da er nicht bewußt als Vertreter ohne Vertretungsmacht auftrat, nach § 179 II auf das negative Interesse, also wie bei einer Anfechtung nach § 122. Im Verhältnis zum „Vertretenen“ hat der „Vertreter“ seine Leistungspflicht in aller Regel ebenso erfüllt wie durch mittelbare Stellvertretung. Sollte der „Vertretene“ nicht genannt werden und ist seine Identität bekannt geworden, so ist dies nun nicht mehr zu ändern. Eine Unklarheit darüber, ob mittelbare oder unmittelbare Stellvertretung vorliegt, ist hier *nicht* in demselben Maß zu befürchten wie im Fall des § 164 II: Da das Handeln des „Vertreters“ äußerlich als Vertragsschluß „in fremdem Namen“ erscheint, wird dem Geschäftsgegner die Problematik „Eigengeschäft oder Vertretergeschäft“ jedenfalls bewußt. Er kann nachfragen, wenn irgendein Anlaß zu Zweifeln besteht und sich über das Vorliegen einer Vollmacht vergewissern. Hat er sich indessen auf die Schlüssigkeit der Umstände verlassen, so erfordert sein Vertrauen nicht den positiven Schutz durch ein Anfechtungsverbot, sondern die Haftung des „Vertreters“ nach § 122 ist angemessen. Das Recht, das Geschäft nach § 177 I durch Genehmigung an sich ziehen zu können, würde für den „Vertretenen“ einen ungerechtfertigten Vorteil darstellen, während der „Vertreter“ u. U. ein schützenswertes Interesse daran hat, einen direkten Vertragsschluß zwischen dem „Vertretenen“ und dem Geschäftsgegner durch Anfechtung zu verhindern: z. B. weil für ihn der Erwerb des Geschäftsgegenstandes gegenüber dem „Vertretenen“ nach § 273 BGB, § 369 HGB eine Sicherheit bedeutet.

Aus diesen Gründen ist, falls man mit der Rechtsprechung die Leistung des D im ersten Schritt nach dem „Empfängerhorizont“ auslegt, dem D jedenfalls die *Irrtumsanfechtung* zu gestatten, die seine Haftung auf das *negative Interesse* beschränkt (§ 122).³⁸¹ Geht man davon aus, so ist anfechtungsberechtigt der „Vertre-

³⁷⁹ I, 226.

³⁸⁰ So i. E. auch Flume AT II § 44 III (S. 776).

³⁸¹ S. o. V 1 bei N. 305.

ter“ (D),³⁸² nicht der „Vertretene“ (S).³⁸³ Die Anfechtung steht dem „Vertreter“ zu, da es gerade um den Irrtum über die Fremdwirkung seiner Erklärung geht. Anders wäre es, wo die Fremdwirkung der Willenserklärung gewollt ist und die Anfechtung auf einen Irrtum über den sonstigen Inhalt der Erklärung gegründet wird. Dann steht nach § 166 und dem Grundsatz, daß sämtliche Wirkungen des Vertretergeschäfts in der Person des Vertretenen eintreten, auch das Anfechtungsrecht dem Vertretenen zu.

Läßt man die Irrtumsanfechtung des D zu, so ist damit der gravierendste Einwand gegen die Lehre vom „Empfängerhorizont“ ausgeräumt: Das Durchgriffsverbot schütze den E auch dann, wenn dieser an S noch nicht gegengeleistet habe, seine Gegenleistung durch Aufrechnung mit einer wegen Zahlungsunfähigkeit des S wertlosen Forderung erbracht oder an S vorgeleistet habe.³⁸⁴ In all diesen Fällen hat E keinen Vertrauensschaden erlitten und wird durch § 122 nicht geschützt.

Zu demselben Ergebnis kommt Lüderitz,³⁸⁵ obwohl er grundsätzlich davon ausgeht, daß dem Erklärenden (D) nur solche Bedeutungen seiner Erklärung zuzurechnen sind, die er bei entsprechender Sorgfalt erkennen konnte. Lüderitz bildet für den Fall, daß es wegen unterschiedlicher Erkennbarkeit der Umstände für Erklärenden und Erklärungsempfänger zu einem Mißverständnis kommt, eine „Sonderregel“. Die die Sicht des Empfängers bestimmenden Umstände sind hier dem Erklärenden, die die Sicht des Erklärenden bestimmenden Umstände dem Empfänger nicht zurechenbar. Die Lösung ergibt sich für Lüderitz aus folgenden Überlegungen: Das vom Erklärenden Gewollte kann nicht gelten, da der Empfänger nicht anfechten kann und ohne ausgleichenden Rechtsbehelf über die Risikogrenze hinaus belastet würde. Das Verstandene kann dagegen gelten, da dem Erklärenden die Anfechtung bleibt. Zwar wird er – schuldlos – mit der Ersatzpflicht des § 122 belastet, doch ist dies lediglich die Kehrseite seines Rechts, auch bei verschuldetem Irrtum anzufechten. Die Risikoverteilung zwischen dem Erklärenden und dem Empfänger nach §§ 116 ff. ist so insgesamt ausgewogen.

Der BGH³⁸⁶ nimmt als Konsequenz der Lehre vom „Empfängerhorizont“ an, der Bereicherungsausgleich vollziehe sich „allein nach den Grundsätzen, die für die Tilgung fremder Schulden oder für die Leistung mittels eines Dritten entwickelt worden sind“. Das Gericht verwischt damit den Unterschied zwischen der *Drittleistung auf fremde Schuld* nach § 267 und der *Leistung eines Dritten „für Rechnung“ des Schuldners*. Im ersten Fall liegt eine eigene Leistung des Dritten vor, die zur Tilgung der Valutaschuld bestimmt ist und bei einem Mangel des Valutaverhältnisses zur Leistungskondition des Dritten (D) gegen E führt.³⁸⁷ Kommt es hingegen

³⁸² So Soergel/Schultze-v. Lasaulx § 164 Rn. 27; Flume aaO.

³⁸³ So aber Staudinger/Coing § 164 Rn. 5; v. Tuhr AT II 2, S. 347/348.

³⁸⁴ So OLG Hamm MDR 75, 53 (54); Wilhelm, S. 152 f.; v. Olshausen JZ 75, 29 f.; Lopau JuS 75, 776/777; Wieling JZ 77, 293. Vgl. auch Larenz Schr II § 68 III d 2 (S. 485); Medicus Rn. 688; Serick Bd. IV, S. 659.

³⁸⁵ S. 306.

³⁸⁶ NJW 74, 1132 (1133).

³⁸⁷ Vgl. Medicus Rn. 684 f. m. Nachw.

zur Erfüllung im Valutaverhältnis, so kondiziert der Dritte vom Schuldner (S) den Wert von dessen Befreiung im Valutaverhältnis (Rückgriffskondition).³⁸⁸ Im Gegensatz dazu bewirkt eine Leistung des D an E „für Rechnung“ des S eine Leistung des D an S auf das Deckungsverhältnis, des S an E auf das Valutaverhältnis (Leistungskette). Bei einem Mangel des Valutaverhältnisses kondiziert S von E. Gemeinsam haben die Drittleistung und die Anweisungsleistung nur – und dies dürfte der BGH im Auge gehabt haben –, daß bei Eintreten der Erfüllung im Valutaverhältnis eine Durchgriffskondition des D gegen E ausgeschlossen ist. Die Gestaltung des Sachverhalts in den „Irrtumsfällen“ läßt freilich eine alternative Betrachtung *nicht* zu: Nach den eigenen Feststellungen des Gerichts³⁸⁹ nimmt E keine Drittleistung des D auf die Valutaschuld des S an, sondern für E entsteht der Anschein einer mittelbaren Leistung des S durch D.³⁹⁰ Nur an diesen Rechtsschein kann eine Lösung der „Irrtumsfälle“ anknüpfen, nur auf diesen Rechtsschein konnte E vertrauen.

Die Lehre von der Maßgeblichkeit des „Empfängerhorizonts“ in ihrer radikalen Form verbindet zum Schutz des E *drei Elemente*: Sie legt den Inhalt der Zuwendung an E und der von D erklärten Zweckbestimmung einseitig nach dem Verständnishorizont des E aus und gibt so der Leistung des D für E die Bedeutung einer mittelbaren Leistung des S auf das Valutaverhältnis; sie versagt dem D die Irrtumsanfechtung und fingiert eine wirksame Anweisung des S sowie dessen Botenmacht oder Ermächtigung hinsichtlich der Tilgungsbestimmung. Diese Lösung bietet den *stärksten erdenklichen Vertrauensschutz* für E: Seiner Vertrauenserwartung wird vollkommen entsprochen (positiver Schutz), sein Schutz ist völlig unabhängig davon, ob er eine Vertrauensinvestition vorgenommen, einen Vertrauensschaden erlitten hat (abstrakter Schutz). *Die Lehre von der Maßgeblichkeit des „Empfängerhorizonts“ in dieser Form erwies sich als weder wertungsmäßig begründet, noch dogmatisch konstruierbar.*

nach der Rechtsprechung des BGH³⁹¹ ist auch für die Frage nach dem Weg des *Eigentumsübergangs* an den gelieferten Gegenständen die Sicht des Empfängers maßgeblich. Das Gericht erörtert eine Übereignung des S an E mit Übergabe durch D „auf Geheiß“ des S („*Geheißerwerb*“). Da S weder Eigentümer noch Verfügungsberechtigt sei, erscheine nur ein gutgläubiger Erwerb des E nach §§ 932 ff. BGB, § 366 HGB möglich. Gutgläubiger Erwerb sei auch beim „Geheißerwerb“ anerkannt. Der gute Glaube an das Eigentum des S sei nicht nur dann zu schützen, wenn D wirklich auf Geheiß des S die Sachen dem Empfänger übergebe, sondern bereits in dem Fall, daß sich der Leistungsvorgang dem E aus seiner Sicht so darstelle. Diese Übertragung der Lehre von der Maßgeblichkeit des Empfängerhorizonts auf die Ebene des Sachenrechts läßt sich *nicht* halten. Der vom BGH erörterte „Geheißerwerb“ des E von S setzt einen dinglichen Vertrag voraus, den entweder – was hier

³⁸⁸ Fikentscher SchR § 99 V (S. 600ff.); Medicus Rn. 949 ff.; jeweils m. Nachw.

³⁸⁹ BGH 40, 272 (276, 279); BGH NJW 74, 1132 (1133).

³⁹⁰ Vgl. auch Wilhelm, S. 149; Kupisch, S. 71.

³⁹¹ BGH NJW 74, 1132 (1133f.).

ausscheidet – S selbst oder D im Namen des S mit E abschloß. Überall sonst erkennt der BGH an und es ist allgemeine Ansicht, daß D „im eigenen Namen“ leistet. Was E daher allenfalls annehmen darf, ist eine Leistung des D „im eigenen Namen“ „für Rechnung“ des S. Aber selbst unterstellt, aus der Sicht des E erschiene die Leistung des D als Übereignung „im Namen“ des S: Dann hätte D als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt. Der gute Glaube an das Bestehen einer Vollmacht wird nur in den Fällen der §§ 170 ff., der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht geschützt. Es ist nicht erkennbar, wie die Lehre vom gutgläubigen Erwerb über den Mangel der Veräußerungsvollmacht hinweghelfen könnte. Hinzu kommt der allgemein erhobene Einwand, der Anschein eines Geheißes und seiner Befolgung sei als Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbs einem tatsächlichen Geheiß *nicht* gleichzustellen.³⁹² Die Voraussetzungen des Gutgläubensschutzes müssen *wirklich* gegeben sein; der gute Glaube an die Basis des gutgläubigen Erwerbs, der Rechtsschein eines Rechts-scheinstatbestandes kann nicht genügen.³⁹³

ee) Die Maßgeblichkeit des Horizonts des Leistenden

Die Maßgeblichkeit der Sicht des Leistenden (Erklärenden) läßt sich aus der allgemeinen Auslegungstheorie *nicht* rechtfertigen.³⁹⁴ Eine Ausnahme, also die Bildung einer „Sonderregel“ für den vorliegenden Fall, wäre zu begründen. Eine solche Begründung wurde nirgends versucht. Die Meinung von der Maßgeblichkeit der Sicht des Leistenden wird offensichtlich nur deshalb vertreten, weil sie auf einem konstruktiv einfachen Weg die drei Postulate zu erfüllen scheint, in denen man bei der Lösung der „Irrtumsfälle“ allgemein übereinstimmt: Die Zuwendung des D an E ist wirksam. D kann von E kondizieren, da er ohne Rechtsgrund geleistet hat. Der E zustehende Ersatz des negativen Interesses kann in der Form des Entreichereinwandes nach § 818 III gewährt werden. Daß das erste Dogma nicht uneingeschränkt gelten kann, ergibt sich aus der Einsicht, daß die Bestimmung des Leistenden und des Leistungsempfängers Bestandteil des Zuwendungsgeschäfts sind.³⁹⁵ Das zwischen D und E bestehende Mißverständnis über Parteien und Inhalt der Leistung kann daher zur Nichtigkeit des Leistungsgeschäfts und zur Vindikation des D gegen E führen. Damit erscheint der Vertrauensschutz nach § 122 bei einer Vindikation des D als Alternative zum Entreichereinwand nach § 818 III gegenüber einer Kondiktion des D. Die Möglichkeit einer Anfechtung und eines Vertrauensschutzes nach § 122 ist jedoch kaum als eine „mittelbare Bestätigung“ der Lösung über § 818 III anzusehen.³⁹⁶ Beide Lösungen weisen vielmehr schwerwiegende

³⁹² Palandt/Bassenge 932 Anm. 1; Medicus Rn. 564; U. Meyer, S. 76; v. Caemmerer JZ 63, 586 ff.; Picker NJW 74, 1794 f.; Weitnauer NJW 74, 1733 N. 31; v. Olshausen JZ 75, 30 f.; Lopau JuS 75, 775.

³⁹³ Picker NJW 74, 1795.

³⁹⁴ JZ 77, 292.

³⁹⁵ S. o. 4 a, bb und b, cc.

³⁹⁶ So aber Esser SchR II § 102 II 2 (S. 351); Thomä JZ 62, 626; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 827.

Verschiedenheiten auf, trotz der grundsätzlichen Gemeinsamkeit, daß die Anrechnung des durch Erwerb und Herausgabe der Bereicherung entstehenden Schadens nach § 818 III wie der Schadensersatz nach § 122 „ein Anwendungsfall des negativen Interesses“ ist.³⁹⁷ Die Lösung nach § 122 geht von der Vindikation des D gegen E aus und einem Gegenanspruch des E auf Ersatz des negativen Interesses. Beide Ansprüche sind nach § 273 verknüpft. Im Konkurs des E hat D ein Aussonderungsrecht (§§ 43 ff. KO).³⁹⁸ Er trägt also das Risiko der Insolvenz des E nicht. Anders, wenn D von E kondizieren muß: Seine Kondition ist einfache Konkursforderung. Bei der Lösung über § 122 ist unstreitig, daß die Gegenleistung des E an S oder die Aufgabe von Sicherheiten dem E zu ersetzen sind, soweit sie im Vertrauen auf die Wirksamkeit der mittelbaren Zuwendung des S und der Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis vollzogen wurden und dem E Vermögensschaden gebracht haben. Dies alles sollte nach § 818 III ebenso geregelt werden, darf jedoch keinesfalls als gesichert gelten.³⁹⁹ Der Schadensersatz nach § 122 geht bis zur Obergrenze des positiven Interesses, also des Wertes der zugewendeten Sache. Nach § 818 III geht der Ersatz bis zur Höhe dessen, was „an sich“ herauszugeben wäre, da der Ersatz durch Abzug geschieht. Beides ist nicht notwendig dasselbe: § 122 schützt den E auch dann, wenn er nicht bereichert ist oder der Schaden seine Bereicherung übersteigt.⁴⁰⁰ Der Anspruch des E entfällt nach § 122 II bei Kenntnis von dem Mangel der Zuwendung und Kennenmüssen. Die Anrechnung der Entreicherung nach § 818 III entfällt nur bei Kenntnis des E (§ 819 I).⁴⁰¹ Der Schadensersatz nach § 122 ist durch analoge Anwendung des § 254⁴⁰² auch bei schuldloser Mitverursachung der Anfechtbarkeit der Erklärung durch E abstufbar und ermöglicht ein Höchstmaß an Einzelfallgerechtigkeit.⁴⁰³ Die Lösung über § 122 ist nach alldem, abgesehen von der Frage der Begründbarkeit, dogmatisch besser gesichert und in der Ausgestaltung differenzierter.

ff) Die Sphärenzurechnung

Nach der allgemeinen Auslegungslehre muß D sich die Umstände, die aus der Sicht des E den Inhalt der Leistung bestimmen, nur dann zurechnen lassen, wenn sie seiner Sphäre angehören oder wenn er sie kannte oder kennen mußte. Kenntnis und Kennenmüssen scheiden hier aus; es bleibt die Möglichkeit einer *Sphärenzurechnung*. Da in den „Irrtumsfällen“ das Mißverständnis zwischen D und E stets dadurch zustande kam, daß S sich abredewidrig verhalten hatte, könnte derjenige das

³⁹⁷ v. Tuhr, Festschr. f. Bekker, S. 319.

³⁹⁸ Das Zurückhaltungsrecht nach § 273 würde ihn nicht schützen (vgl. Larenz, Festschr. f. Michaelis, S. 208 m. Nachw.).

³⁹⁹ S. o. IV 1 c, bb.

⁴⁰⁰ Wieling JZ 77, 293.

⁴⁰¹ Für den *Fahrlässigkeitsmaßstab* Lopau JuS 75, 778; nach Medicus Rn. 688 soll nur *Kenntnis* des E schaden.

⁴⁰² BGH NJW 69, 1380; RG 116, 19; Palandt/Heinrichs § 122 Anm. 2.

⁴⁰³ Dies ist jedoch nicht der Fall des § 122 II, in dem ein Anspruch des E ohnehin entfällt (RG 57, 89).

Risiko des Handelns des S zu tragen haben, der ihn eingeschaltet hat. Dies wäre in den Baufällen E, im Bierkutscher- und Hemden-Fall D. Freilich erscheint das bloße „Einschalten“ des S als ein zu schwacher Anknüpfungspunkt für eine Sphärenzurechnung. Das Reichsgericht hat in einem ähnlichen Fall⁴⁰⁴ auf die Dauer und Enge der Beziehungen abgestellt: Die Beklagten hatten sich beim Vertragsschluß eines Vermittlers bedient. Aufgrund unrichtiger Mitteilungen des Vermittlers an den Geschäftsgegner kam es zwischen den Vertragsschließenden zu einem Mißverständnis über die Bedeutung des vereinbarten Code-Worts „Semilodei“, das schließlich zum Dissens führte. Das Gericht prüfte, ob die falsche Übermittlung des Code-Wortes und damit dessen vom Geschäftsgegner verstandene Bedeutung den Beklagten zurechenbar war, lehnte dies jedoch ab, da der gewählte Vermittler nicht ständig für die Beklagten tätig war, sie sich seiner vielmehr nur gelegentlich zur Vermittlung von Verkäufen bedienten und ihm weder allgemein noch im vorliegenden Fall irgendeine Vertretungsmacht übertragen hatten. Diese Grundsätze sucht *Wieling*⁴⁰⁵ auf die „Irrtumsfälle“ zu übertragen und kommt zu folgenden Ergebnissen: Im Fall BGH WM 57, 926 (Asphalt) sei das abredewidrige Verhalten des S eher dem E zuzurechnen, da er eng und auf längere Zeit mit S zusammenarbeitete, während D in keinerlei vertraglichem Kontakt zu S stand. Im Fall BGH NJW 74, 1132 (Hemden) gehöre das Handeln des S zur Sphäre des D, der dem S seinen Betrieb anvertraut hatte und ihn dort frei schalten ließ, wodurch das Verhalten des S gegenüber E erst ermöglicht wurde. In vielen Fällen ist eine derartige Sphärenzurechnung jedoch von vornherein abzulehnen: Im Fall RG 98, 64 (Bierkutscher) vermittelte der Kutscher (S) mit Sicherheit nur gelegentlich Fleischverkäufe für den Kläger (D). Auch für die Baufälle (vgl. BGH 36, 30 – Idealheim, BGH 40, 272 – Elektrogeräte) ist es typisch, daß der Bauherr (E) nicht in ständiger Geschäftsverbindung mit dem Bauunternehmer oder der Wohnbaugesellschaft (S) steht. Aber auch im Asphalt- und Hemden-Fall ist eine Sphärenzurechnung unbegründet. Dies zeigt für den Asphalt-Fall deutlich der Vergleich mit RG 68, 6 (Semilodei): Dort war der Vermittler eigens zum Abschluß eines bestimmten Geschäfts zugezogen worden und hatte beim Abschluß dieses bestimmten Geschäfts ein Mißverständnis verursacht. Bei den Geschäften, die der Unternehmer (S) mit dem Subunternehmer (D) abschließt, handelt der Unternehmer stets für eigene Rechnung und ist nie vom Bauherrn (E) zum Vermittler bestellt. Um so eher ist eine Parallele zum Fall RG 68, 6 (Semilodei) im Hemden-Fall gegeben: Nach Feststellung des BGH „waltete“ S im Betrieb des D „mit dessen Duldung gleichsam nach Gutdünken“, ⁴⁰⁶ Hier kann in der Tat das Handeln des S dem D zugerechnet werden. Dies hat zur Folge, daß für die Leistung des D an E die Sicht des E maßgebend ist („Empfängerhorizont“). Der Gedanke der Sphärenzurechnung trägt in den „Irrtumsfällen“ jedoch nur *ausnahmsweise* zur Lösung bei. Je nach dem Ergebnis der Zurechnung ist dann im Einzelfall entweder die Sicht des

⁴⁰⁴ RG 68, 6 (Semilodei).

⁴⁰⁵ JZ 77, 294.

⁴⁰⁶ BGH NJW 74, 1132 (1133).

Leistenden (D) oder des Leistungsempfängers (E) maßgebend. *Mit dem Sphärenge-danken läßt sich daher weder eine bestimmte Theorie stützen noch das Regelungs-problem der „Irrtumsfälle“ allgemein lösen.*

c) Die eigene Lösung

Aus den eigenen vorläufigen Überlegungen und der Auseinandersetzung mit den in Rechtsprechung und Lehre vertretenen Lösungen hat sich ergeben: Allgemein wird eine Haftung des D auf das *negative Interesse* für angemessen erachtet. Dahin kann man *auf zwei Wegen* gelangen: *Entweder* über die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit der Zuwendung und der Tilgungsbestimmung und einen Ersatzanspruch des E auf das negative Interesse nach § 122 *oder* aufgrund einer wirksamen Zuwendung des D an E über eine Leistungskondiktion des D und den Entreichungseinwand des E nach § 818 III. Die Lösung über § 122 erwies sich als dogmatisch gesicherter und im Einzelfall flexibler. Sie erspart vor allem dem D das Risiko der Insolvenz des E. Da der Grund einer Haftung des D in den „Irrtumsfällen“ denkbar schwach ist, ist *die* Lösung vorzuziehen, die ihn weniger belastet. Als Haftungsgrundlage kommt nur eine *Vertrauenshaftung* des D in Frage. Durch Begleitumstände der Leistung des D, die weder der Sphäre des D angehören noch für ihn erkennbar waren, entstand für E der Rechtsschein einer mittelbaren Leistung des S durch D. Nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertrauenshaftung⁴⁰⁷ kann D an dem durch sein Handeln entstandenen Rechtsschein nur festgehalten, kann das Vertrauen des E auf Kosten des D nur geschützt werden, wenn der Rechtsschein dem D zurechenbar ist. Eine *Zurechnung* scheint jedoch unmöglich, da weder ein Sorgfaltsverstoß des D vorliegt noch die für E den Rechtsschein begründenden Umstände dem allgemeinen Lebens- oder Geschäftsbereich des D zugerechnet werden können. Doch kann die Haftung des D aus dem *Risikoprinzip*⁴⁰⁸ begründet werden. Dies zeigt eine *Analogie zur Scherzerklärung* (§ 118). Bei der Scherzerklärung ist sich der Erklärende der Abgabe einer Erklärung bewußt, wenn auch nicht ihres rechtsgeschäftlichen Charakters. Daher ist ihm das Risiko eines Mißverständnisses auch ohne Verschulden aufzuerlegen.⁴⁰⁹ Der Scherzende schafft wissentlich einen Scheintatbestand, er kennt die Mißverständlichkeit seiner Erklärung.⁴¹⁰ Da er jedoch glaubt, der andere Teil werde sich nicht irreführen lassen, haftet er nur auf den Ersatz des Vertrauensschadens, nicht auf Erfüllung (§§ 118, 122).⁴¹¹ *Dasselbe muß für jede Erklärung gelten, die für den Empfänger einen dem Erklärenden nicht zurechenbaren Sinn hat.* Der Erklärende gibt bewußt eine rechtsgeschäftliche Erklärung ab, er kennt die grundsätzliche Mißverständlichkeit jeder Erklärung. Die Erklärung stellt einen Rechtsscheintatbestand dar, der aus der Sicht des Empfängers eine für den Erklärenden nicht erkennbare Bedeutung haben kann. Mit der Abgabe der Erklärung haftet

⁴⁰⁷ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 471 ff., 517 f.

⁴⁰⁸ Vgl. dazu Canaris, Vertrauenshaftung, S. 479 ff.

⁴⁰⁹ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 550.

⁴¹⁰ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 482.

⁴¹¹ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 482 N. 39.

daher der Erklärende auch für diese Bedeutung. Er ist im Verhältnis zum Empfänger „näher daran“, die nachteiligen Folgen des Mißverständnisses zu tragen. Der Erklärende haftet jedoch nicht rechtsgeschäftlich, nicht auf Erfüllung, sondern nur auf das *Vertrauensinteresse*, da auch er glaubt, der Empfänger werde seine Erklärung nicht mißverstehen (analog §§ 118, 122). Für die Haftung des D gibt damit der bereits erwähnte Gedanke den Ausschlag, daß er es in der Hand hat, seine Leistung auch für E eindeutig zu bezeichnen.⁴¹² D ist „Herr des Erklärungstatbestandes“.⁴¹³ Es handelt sich also um eine *Risikozurechnung kraft Gefahrbeherrschung*. Diese Lösung begründet von vornherein eine reine Rechtsscheinhaftung des D, ohne den Umweg über eine primäre rechtsgeschäftliche Haftung, deren Zurechnungsvoraussetzungen nicht vorliegen, und eine Anfechtung nach § 119. Sie vermeidet die Ungewißheit darüber, ob D im Einzelfall die Anfechtung erklärt hat.⁴¹⁴ Schließlich gibt sie D nicht das unverdiente Recht, die Anfechtung zu unterlassen (Wahlrecht), und damit die Leistung – vorbehaltlich der Genehmigung durch S (analog § 177 I) – als Anweisungsleistung gelten zu lassen.

§ 6: Probleme der Giroüberweisung

Die Giroüberweisung verdient einmal besondere Beachtung als Gegenstand des Massenverkehrs wegen ihrer wirtschaftlichen Bedeutung. Sie bietet zum anderen rechtliche Besonderheiten. Diese beruhen auf der Eigenart des Leistungsgegenstandes der Banküberweisung, Buchgeld, den besonderen Erfordernissen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs und den Interessen der an ihm Beteiligten. Hinzu kommen vertragliche Vereinbarungen der Banken mit ihren Kunden, insbesondere durch AGB. Die Darstellung beschränkt sich auf den Grundfall der *Hausüberweisung*, bei der Empfängerbank und Auftraggeberbank identisch sind. Sie befaßt sich *nicht* mit dem Stornorecht gem. Ziff. 4 III der AGB der Privatbanken, da in den Fällen der Stornierung (Rückbuchung) dem Überweisungsempfänger von Anfang an kein wirksamer Anspruch aus der Gutschrift zustand,¹ eine Leistung also nicht zustande gekommen ist. *Nicht* behandelt wird ferner die Anspruchskonkurrenz zwischen der Durchgriffskondiktion der Bank gegen den Überweisungsempfänger bei Mängeln des Überweisungsauftrags und etwaigen vertraglichen Rückzahlungsansprüchen.² *Die übrigen, an dieser Stelle nicht erörterten, Probleme der Giroüberweisung sind zugleich Probleme des allgemeinen Anweisungsrechts. Sie wurden in den vorangehenden Paragraphen behandelt.*

⁴¹² OLG Nürnberg MDR 64, 55. S.o. b, dd bei N. 352.

⁴¹³ Beuthien, S. 299 N. 64.

⁴¹⁴ Vgl. BGH NJW 74, 1132 (1133).

¹ OLG München NJW 50, 188; Canaris in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 217 m.w.N.; Meyer-Cording, S. 99f.

² Vgl. dazu Canaris in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 221.

I. Grundlagen

Der Überweisungsempfänger erwirbt durch die Gutschrift „Buchgeld“, d. h. nach h. M.: Die Gutschrift bedeutet ein abstraktes Schuldversprechen der Bank zu seinen Gunsten, begründet eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung der Bank ihm gegenüber.³ Die Gutschriftforderung gegen die Bank erfüllt dieselbe Funktion wie Sachgeld;⁴ die weitgehende rechtliche Angleichung des „Buchgeldes“ an das Sachgeld ist die Grundlage des bargeldlosen Zahlungsverkehrs.⁵ Das Mittel dazu ist die Abstraktion der Gutschriftforderung von den Schuldverhältnissen, nach denen die Bank zu ihrer Begründung verpflichtet ist. Dies ist einmal das Deckungsverhältnis zum Überweisungsauftraggeber, zum anderen das sogenannte Gutschriftverhältnis zum Empfänger. Im Deckungsverhältnis schuldet die Bank dem Auftraggeber die Ausführung seiner Überweisungsaufträge. Sie erfüllt also durch die Gutschrift für den Empfänger eine Leistungspflicht gegenüber dem Auftraggeber aus dem Deckungsverhältnis. Zugleich ist die Bank dem Empfänger aus dem Gutschriftverhältnis verpflichtet, wenn Überweisungen zu seinen Gunsten einlaufen, auf seinem Konto die Gutschrift vorzunehmen. Sie erfüllt also mit der Gutschrift auch eine Leistungspflicht gegenüber dem Empfänger. Es ist absolut h. M., daß der Empfänger sich nach Erteilung der Gutschrift Mängel des Deckungsverhältnisses nicht mehr entgegenhalten zu lassen braucht.⁶ Dies ist als Inhalt der Vereinbarung (Forderungsbegründung) zwischen der Bank und dem Empfänger anzunehmen, da nur ein völliger Ausschluß von Einwendungen und Einreden aus dem Deckungsverhältnis einen bargeldlosen Zahlungsverkehr ermöglicht und dem Interesse der Beteiligten entspricht.⁷ Mängel des Girovertrags zwischen der Bank und dem Empfänger verhindern hingegen nach h. M. das Entstehen der Gutschriftforderung.⁸ Doch ist auch hier die Abstraktion der Gutschriftforderung gegenüber dem Grundverhältnis anzunehmen, soweit sich die Abrede über die Begründung abstrakter Schuldversprechen durch Gutschrift von dem Girovertrag trennen läßt und nicht an demselben Mangel leidet wie dieser.⁹

II. Zur Kondiktion der Gutschriftforderung

1. Die Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse

Die vereinbarte Abstraktion der Gutschriftforderung vom Deckungsverhältnis bezieht sich nur auf die rechtsgeschäftliche Ebene, führt also grundsätzlich nur

³ Canaris aaO Anm. 207 m. w. N.

⁴ Canaris aaO Anm. 211.

⁵ Canaris aaO.

⁶ Canaris aaO Anm. 211 m. w. N., 207.

⁷ Canaris aaO.

⁸ Vgl. die Nachweise bei Canaris aaO Anm. 215.

⁹ Vgl. Canaris aaO Anm. 215.

dazu, daß das in der Gutschrift liegende Schuldversprechen nicht wegen eines Mangels des Deckungsverhältnisses unwirksam ist. Die Bank könnte daher grundsätzlich das mit der Gutschrift abgegebene abstrakte Schuldversprechen wegen eines Mangels im Deckungsverhältnis kondizieren (§ 812 II) oder die Erfüllung der Gutschriftforderung verweigern (§ 821). Dennoch kann nach einhelliger Ansicht¹⁰ eine Kondiktion der Bank gegen den Empfänger mit Mängeln des Deckungsverhältnisses nicht begründet werden. In solchen Fällen findet die Rückabwicklung vielmehr zwischen den Partnern des Deckungsverhältnisses statt, kondiziert die Bank vom Auftraggeber. Die h. M. begründet dieses Ergebnis damit,¹¹ daß eine „Leistung“ nur zwischen der Bank und dem Auftraggeber (Deckungsverhältnis) einerseits und dem Auftraggeber und dem Empfänger (Valutaverhältnis) andererseits stattfinde. Im Verhältnis der Bank zum Empfänger hingegen liege eine Leistung nicht vor, sei die Bank nur „Zuwendender“ oder „Leistungsmittler“. Diese Begründung ist nach *Canaris*¹² unhaltbar: Die Bank sei dem Empfänger aus dem mit ihm geschlossenen Girovertrag gem. §§ 675, 667 zur Herausgabe des „Erlangten“ und damit zur Gutschrift verpflichtet und zur Erfüllung dieser Verpflichtung erteile sie die Gutschrift. Sie „leiste“ daher sehr wohl (auch) an den Empfänger. Nur so sei es zu erklären, daß dessen Anspruch *auf* die Gutschrift nunmehr untergehe und durch den Anspruch *aus* der Gutschrift ersetzt werde. Bei einem Mangel im Deckungsverhältnis habe aber die Bank durch den Überweisungsauftrag nichts „erlangt“ und sei daher dem Empfänger nicht zur Gutschrift verpflichtet. Sie habe folglich mit der Gutschrift eine von ihr angenommene, in Wahrheit nicht bestehende Verpflichtung gegenüber dem Empfänger erfüllt, müßte daher, rein konstruktiv gesehen, die *condictio indebiti* gegen diesen haben. Damit könnte sie dem Empfänger jedoch auf dem Umweg über das Bereicherungsrecht die Mängel des Deckungsverhältnisses doch entgegensetzen und das mit der Abstraktion verfolgte Ziel wäre letztlich vereitelt. Dem tritt *Canaris* mit dem lapidaren Satz entgegen: „Der Einwendungsausschluß muß daher folgerichtig von der rechtsgeschäftlichen Ebene auf den Bereicherungsanspruch ausgedehnt werden“. Dahinter steht *Canaris'* Theorie der Kondiktion der Anweisungsleistung, die auf dem Abstraktionsprinzip und dem Prinzip der Risikozurechnung beruht.¹³ *Canaris'* Kritik an der h. M. deckt in der Tat unheilbare Schwächen auf: Die Konzeption der h. M. von der Anweisungsleistung beruht darauf, daß zwischen der Bank und dem Empfänger eine Zuwendung stattfindet, eine Forderung zugunsten des Empfängers begründet wird. Durch diese Zuwendung sollen Leistungen der Bank an den Auftraggeber (Deckungsverhältnis) und des Auftraggebers an den Empfänger (Valutaverhältnis) bewirkt werden, da nur die Bank gegenüber dem Auftraggeber und der Auftraggeber gegenüber dem Empfänger einen eigenen Leistungszweck verfolge. Ist jedoch die Bank dem Empfänger zur

¹⁰ *Canaris aaO* Anm. 212 m. w. N.; Schlegelberger/Hefermehl HGB Anh. § 365 Rn. 50.

¹¹ Vgl. die Nachweise bei *Canaris aaO*.

¹² *AaO*.

¹³ *Canaris aaO* Anm. 208, 211 a. E. und Festschr. f. Larenz, S. 814 ff. Dazu s. o. § 4 II 1 d, cc β; s. u. § 9 II.

Gutschrift verpflichtet und nimmt sie die Gutschrift (auch) zur Erfüllung dieser Leistungspflicht vor, so verfolgt sie mit der Gutschrift gegenüber dem Empfänger einen eigenen Leistungszweck. Die Leistungspflicht besteht nur, wenn die Bank eine Deckung erhalten hat, also nicht bei fehlendem oder unwirksamem Deckungsverhältnis. Hat die Bank, wie die h.M. anzunehmen genötigt ist, an den Empfänger geleistet, so kann sie nunmehr von ihm kondizieren und hat zugleich aufgrund derselben Zuwendung eine Kondiktion gegen den Auftraggeber. Dies bedeutet einen ungerechtfertigten Vorteil für die Bank.¹⁴

Es genügt jedoch nicht, das Dilemma der h.M. festzustellen. Das Problem liegt, kurz gesagt, darin zu zeigen, wie die Bank mit der Gutschrift eine Leistungspflicht gegenüber dem Empfänger erfüllen kann, ohne jedoch an ihn eine kondizierbare Leistung zu erbringen. Diese widersprüchlich erscheinende Forderung ist leicht zu erfüllen, wenn man von dem hier vertretenen Verständnis der Anweisungsleistung ausgeht. Die Bank begründet durch die Gutschrift für den Empfänger eine gegen sie gerichtete Forderung. Sie tut es jedoch „für Rechnung“ des Auftraggebers, d.h. mit der Wirkung, als ob dieselbe Forderung dem Auftraggeber eingeräumt worden wäre und dieser sie dem Empfänger abgetreten hätte. Es finden also zugleich zwei *Zuwendungen* statt – der Bank an den Auftraggeber, des Auftraggebers an den Empfänger –, die als *Leistungen* zu qualifizieren sind, da sie eine Zweckbestimmung (Tilgungsbestimmung) tragen. Im Verhältnis der Bank zum Empfänger hingegen findet keine (direkte) Zuwendung statt. Die Leistungspflicht der Bank gegenüber dem Auftraggeber im Deckungsverhältnis und des Auftraggebers gegenüber dem Empfänger im Valutaverhältnis geht jeweils auf direkte Leistung an den Gläubiger; beide Leistungspflichten werden durch die Gutschrift (Anweisungsleistung) adäquat erfüllt. Die Verpflichtung der Bank aus dem Girovertrag mit dem Empfänger hingegen geht dahin, die Gutschrift „für Rechnung“ des Auftraggebers zu erteilen, dem Empfänger also die Gutschriftforderung mit Durchgangserwerb des Auftraggebers zuzuwenden. Nur bei diesem Inhalt der Leistungspflicht der Bank gegenüber dem Empfänger (Gutschriftverhältnis) ist es überhaupt möglich, mit *einer* Handlung, der Gutschrift für den Empfänger, zugleich drei Leistungspflichten im Deckungsverhältnis, Valutaverhältnis und Gutschriftverhältnis zu erfüllen. Daß der Empfänger von der Bank nicht Gutschrift „für eigene Rechnung“ der Bank verlangen kann, ist selbstverständlich, da diese ihm keine Zuwendung aus ihrem Vermögen schuldet. Damit ist ein konstruktiver Weg gefunden für alle Fälle, in denen der Empfänger einen Anspruch gegen den Angewiesenen auf die Anweisungsleistung hat: insbesondere die Annahme der Anweisung (Akzept) und den berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter (§ 328). Auch der Anspruch des Empfängers gegen den Akzeptanten geht auf Leistung „für Rechnung“ des Anweisenden,¹⁵ der Anspruch des Dritten gegen den Versprechenden beim berechtigenden Vertrag zugunsten

¹⁴ Zum Wahlrecht des Konditionsgläubigers vgl. § 8 III 1a (zur angenommenen Anweisung) und § 12 IV 2b, aa (zum berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter).

¹⁵ S. u. § 8 III 1c.

Dritter auf Leistung „für Rechnung“ des Versprechensempfängers – soweit beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter eine Anweisungslage anzunehmen ist.¹⁶

2. Die Kondition bei „mittelbaren Mängeln“ des Überweisungsauftrags

Schwierigkeiten bieten nach h. M. die sogenannten mittelbaren Mängel des Überweisungsauftrags.¹⁷ Im Fehlen oder der Nichtigkeit des Deckungsverhältnisses (Girovertrag) liege zugleich ein mittelbarer Mangel des Überweisungsauftrags selbst. Da dieser eine „Weisung“ im Sinne von § 665 BGB darstelle,¹⁸ ergreife der Mangel auch ihn, denn eine Weisung ohne entsprechende Rechtsgrundlage sei fehlerhaft und unbeachtlich. Dennoch könne die Bank solche Mängel des Überweisungsauftrags gegenüber dem Empfänger nicht geltend machen (Präklusionswirkung), sei eine Durchgriffskondition der Bank gegen den Empfänger abzulehnen. Denn, wollte man auch bei mittelbaren Mängeln des Überweisungsauftrags, in denen dieser „als solcher“ mangelfrei und nur wegen des Fehlens oder der Nichtigkeit des Deckungsverhältnisses unwirksam sei, den „Durchgriff“ zulassen, so könnte die Bank dem Empfänger „auf dem Umweg über die Unwirksamkeit des Überweisungsauftrags doch wieder bloße Mängel des Deckungsverhältnisses entgegensetzen“.¹⁹ Außerdem könne dem Auftraggeber hier der Überweisungsauftrag ohne weiteres als seine Leistung zugerechnet werden. Auch der Erwerbsakt des Empfängers sei fehlerlos, da eine wirksame Tilgungs- oder Zweckbestimmung des Auftraggebers vorhanden sei.²⁰ Der h. M. und *Canaris* ist im Ergebnis zuzustimmen: Bei „mittelbaren Mängeln“ des Überweisungsauftrags kondiziert die Bank vom Auftraggeber innerhalb des Deckungsverhältnisses. Die Argumentation freilich und die Auffassung des zugrunde liegenden Leistungsvorgangs sind abzulehnen. Konstruiert man aus jedem Fehler des Deckungsverhältnisses einen mittelbaren Fehler des Überweisungsauftrags, so ist es verständlicherweise schwer, eine überzeugende Begründung dafür zu finden, warum diese mittelbaren Mängel, anders als andere Mängel des Überweisungsauftrags, doch wieder wie bloße Mängel des Deckungsverhältnisses (Kausalverhältnisses) behandelt werden sollen. In Wahrheit liegt von vornherein ein bloßer Mangel des Deckungsverhältnisses vor. Die h. M. bemüht eine lange Ableitungskette: Würden mittelbare Mängel des Überweisungsauftrags zur Durchgriffskondition der Bank gegen den Empfänger führen, könnten diesem mittelbar Mängel des Deckungsverhältnisses entgegengehalten werden. Da die Institution des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, an deren Funktionieren alle Beteiligten interessiert seien, jedoch auf der Abstraktion der Gutschriftforderung und dem Ausschluß von Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis beruhe, sei „notwendig“ und „folgerichtig“ auch die Geltendmachung von mittelbaren Mängeln des

¹⁶ S. u. § 12 IV 2b, ee.

¹⁷ Vgl. *Canaris* in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 211, 223.

¹⁸ Vgl. *Canaris* aaO Anm. 160 und unten N. 26.

¹⁹ *Canaris* aaO Anm. 223.

²⁰ *Canaris* aaO.

Überweisungsauftrags ausgeschlossen. Dem Ansatz dieser Überlegung bei der Institution des bargeldlosen Zahlungsverkehrs und den Interessen und dem Willen der beteiligten Parteien sowie ihrem Ergebnis, der Kondition innerhalb des Deckungsverhältnisses, ist beizupflichten; nur fehlt zwischen beiden die schlüssige Verbindung. Mit dem Hinweis auf die wirksame Tilgungsbestimmung des Auftraggebers, die ebenfalls in dem Überweisungsauftrag enthalten war, führt *Canaris*' Argumentation weiter: Der Überweisungsauftrag – wenn man diese einheitliche Bezeichnung beibehalten will – erschöpft sich nicht in einer „Weisung“ des Auftraggebers an die Bank im Rahmen des Girovertrags (§ 665 BGB), ist infolgedessen bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses nicht in jeder Hinsicht unwirksam. Als „Weisung“ in dem genannten Sinn entbehrt er freilich der Rechtsgrundlage und ist unverbindlich, d.h. die Bank ist zur Ausführung des Überweisungsauftrags nicht verpflichtet. Wirksam bleibt jedoch die *Tilgungsbestimmung*, die der Auftraggeber durch seine Eintragung in die Spalte „Verwendungszweck“ des Überweisungsformulars trifft. Ebenso wirksam bleibt – und dies ist das Wesentliche – die in dem Überweisungsauftrag enthaltene „Anweisung“ des Auftraggebers an die Bank im Sinne der Ermächtigung der Bank, an den Empfänger „für Rechnung“ des Auftraggebers (§§ 783 ff.) zu leisten, denn diese ist nach allgemeinem Anweisungsrecht vom Bestand des Deckungsverhältnisses unabhängig (abstrakt).²¹ Ein Mangel des Deckungsverhältnisses kann nach dieser Ansicht, abgesehen vom Fall der Fehleridentität, niemals zu einem Mangel des Überweisungsauftrags im Sinne der Anweisung (§§ 783 ff.) des Auftraggebers führen. Die Gutschrift der Bank bewirkt daher bei Mängeln des Deckungsverhältnisses stets eine Leistung der Bank an den Auftraggeber, des Auftraggebers an den Empfänger. Eine Durchgriffskondition der Bank gegen den Empfänger ist ausgeschlossen. Die Auffassung des Überweisungsauftrags als einer vom Girovertrag (Deckungsverhältnis) abstrahierten Anweisung im Sinne der §§ 783 ff., die im vorliegenden Fall eine einfache und überzeugende Begründung ermöglicht, könnte freilich an anderer Stelle zu Schwierigkeiten führen: Die Abhängigkeit des Überweisungsauftrags vom Grundverhältnis (Girovertrag) bildet nämlich den Ausgangspunkt der Lösung der h.M. für den Fall eines Konkurses des Auftraggebers.

III. Die Überweisung im Konkurs

Während die vor Konkurseröffnung erklärte *Anweisung* nach allgemeinem Anweisungsrecht im Konkurs des Ausstellers fortbesteht,²² wird der *Überweisungsauftrag* nach h.M. mit Konkurseröffnung unwirksam,²³ da der Girovertrag nach § 23 II

²¹ Zum allgemeinen Anweisungsrecht vgl. Jaeger/Lent KO § 8 Rn. 2, § 23 Rn. 17; Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 9 ff. m. w. N.; siehe auch oben § 5 IV 2 j und unten N. 22. Anders die h.M. zur Giroüberweisung: vgl. die Nachweise in N. 23 und unten III.

²² BGH NJW 74, 1336; Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 9 ff.; Mentzel/Kuhn KO § 23 Rn. 13; RGRK (Kuhn) § 791 Rn. 2; Soergel/Lippisch § 791 Rn. 2; Palandt/Thomas § 791 Anm. 1.

²³ Canaris in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 253; Schlegelberger/Hefermehl HGB Anh. § 365 Rn. 113.

KO erlischt.²⁴ Der Überweisungsauftrag ist für sich betrachtet mangelfrei, aber wegen der Nichtigkeit des Deckungsverhältnisses unwirksam.²⁵ Er wird damit als vom Grundverhältnis abhängige (kausale) Anweisung verstanden. Diese Abhängigkeit von der Wirksamkeit des Grundverhältnisses ergibt sich nicht schon daraus, daß der Überweisungsauftrag im Rahmen des Girovertrags eine Weisung im Sinne der §§ 675, 665 darstellt,²⁶ die mit dem Vertrag wegfällt. Daraus ergibt sich nur, daß die Bank nicht mehr verpflichtet ist, den Überweisungsauftrag auszuführen.²⁷ Zugleich ist der Überweisungsauftrag jedoch wie jede bürgerlichrechtliche Anweisung eine Ermächtigung der Bank zur Leistung an den Empfänger „für Rechnung“ des Auftraggebers. Ist der Überweisungsauftrag als Anweisung in diesem Sinne wirksam, bestimmt er auch im Konkurs des Auftraggebers die Leistungs- und Abwicklungswege.²⁸ Es geht damit beim Überweisungsauftrag im Konkurs des Auftraggebers um dieselben Regelungsprobleme wie bei der bürgerlichrechtlichen Anweisung im Konkurs des Anweisenden. Die Interessen der an der Giroüberweisung und an der bürgerlichrechtlichen Anweisung Beteiligten stimmen überein. Für die Bank ergibt sich aus der Unabhängigkeit des Überweisungsauftrags vom Girovertrag nur in *einem* Fall eine zusätzliche Belastung: Sie verliert bei Ausführung des Überweisungsauftrags trotz Kenntnis vom Konkurs des Auftraggebers die Durchgriffskonklition gegen den Empfänger.²⁹ Die Institution des bargeldlosen Zahlungsverkehrs dürfte dadurch kaum gefährdet werden, selbst unterstellt, daß es für die Bank außer einer zureichenden Organisation des eigenen Geschäftsbetriebs keine Möglichkeit gibt, sich gegen dieses Risiko zu sichern: Solche Fehler der Banken sind erfahrungsgemäß selten. Nach alledem ist eine Sonderregelung für die Giroüberweisung nicht vertretbar.³⁰ Diese bleibt daher bei Konkurseröffnung wirksam. Leistung und Rückabwicklung erfolgen grundsätzlich wie bei der bürgerlichrechtlichen Anweisung im Konkurs des Anweisenden.³¹

IV. Die Kondition bei Anfechtung oder Widerruf des Überweisungsauftrags

Umstritten sind im Bankrecht die bereicherungsrechtlichen Folgen der Anfechtung oder eines Widerrufs des Überweisungsauftrags.³² Die h. M. versagt der Bank bei einer Gutschrift trotz Widerrufs oder wirksamer Anfechtung des Überwei-

²⁴ Canaris aaO Anm. 252; Meyer-Cording, S. 112.

²⁵ Canaris aaO Anm. 223.

²⁶ Vgl. BGH 10, 319 (322); Canaris aaO Anm. 160; Schlegelberger/Hefermehl HGB Anh. § 365 Rn. 16; Meyer-Cording, S. 112.

²⁷ Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 27.

²⁸ Jaeger/Henckel aaO.

²⁹ S. o. § 5 IV 2j.

³⁰ Dazu ausführlich Jaeger/Henckel KO⁹ § 8 Rn. 27ff.; Heile, S. 124ff.

³¹ S. o. § 5 IV 2j.

³² Vgl. Canaris in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 224f.; Schlegelberger/Hefermehl HGB Anh. § 365 Rn. 50; Meyer-Cording, S. 48, 101f.

sungsauftrags die Kondiktion gegen den Empfänger.³³ Dagegen hat sich *Canaris*³⁴ grundsätzlich für eine Durchgriffskondiktion der Bank gegen den Empfänger ausgesprochen.

1. Argumente für eine Durchgriffskondiktion

Nach *Canaris*³⁵ führt die h.M. zu einer kaum zu rechtfertigenden Differenzierung zwischen den bereicherungsrechtlichen Folgen der Nichtigkeit des Überweisungsauftrags aufgrund wirksamer Anfechtung oder eines Widerrufs und der Nichtigkeit des Überweisungsauftrags aus anderen Gründen. Für eine Kondiktion der Bank gegen den Empfänger spreche auch ein Vergleich der Anfechtung oder eines Widerrufs des Überweisungsauftrags mit Anfechtung oder Widerruf des Übertragungsgeschäfts bei der *Übereignung von Sachgeld*. Der Übereignende könne etwa bei einem Irrtum im Sinne des § 119 anfechten, habe die Vindikation gegen den Empfänger und könne – auch nach der Vermengung des Geldes – in dessen Konkurs aussondern (§§ 43 f. KO). Das gleiche Ergebnis lasse sich bei bargeldloser Zahlung nur so erreichen, daß man der Bank, und nicht dem Überweisenden den Kondiktionsanspruch zuerkenne; denn diese könne ihn mit der Forderung des Empfängers aus der Gutschrift verrechnen, so daß der überwiesene Betrag nicht in die Masse falle, während der Überweisende auf seine Kondiktion in der Regel nur die Konkursquote erhalte. Der Fehlerhaftigkeit der Übereignung von Sachgeld entspreche also im bargeldlosen Zahlungsverkehr konstruktiv und wertungsmäßig die Fehlerhaftigkeit – d.h. Kondizierbarkeit – der Gutschrift. Beim *Widerruf* des Überweisungsauftrags sei nicht verständlich, warum die Bank bei versehentlicher Mißachtung einer *anfänglichen* Weisung des Auftraggebers einen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger haben solle, nicht dagegen beim Übersehen einer *nachträglichen* Gegenweisung. Danach sei entgegen der h.M. in den Anfechtungs- und Widerrufsfällen die Durchgriffskondiktion der Bank gegen den Empfänger grundsätzlich zuzulassen.

Canaris' Vergleich zwischen der Gutschrift der angewiesenen Bank und der Übereignung von Sachgeld an den Empfänger erfordert zwei gedankliche Schritte: Der Überweisungsauftrag (Anweisung zur Zuwendung von Buchgeld) ist zunächst zu vergleichen mit der Anweisung an die Bank, dem Empfänger einen bestimmten Betrag bar auszuzahlen. Der mittelbaren Zuwendung von Buchgeld entspricht die mittelbare Zuwendung von Sachgeld. Im nächsten Schritt ist die mittelbare Zuwendung von Sachgeld zu vergleichen mit der unmittelbaren Übereignung des Geldes an den Empfänger. *Canaris* schließt also von einem Mangel der unmittelbaren Zuwendung von Sachgeld auf einen Mangel der mittelbaren Zuwendung von Buchgeld.

³³ BGH BB 74, 154; BGH BB 76, 904; OLG Koblenz WM 76, 94 (95); Schlegelberger/Hefermehl HGB Anh. § 365 Rn. 50; Schwark WM 70, 1336; Möschel JuS 72, 301. Weitere Nachweise bei *Canaris* aaO.

³⁴ *Canaris* aaO Anm. 224, 225.

³⁵ AaO.

Dieses Argument erscheint nicht zwingend. Für eine Durchgriffskondition der Bank gegen den Empfänger oder jedenfalls für eine Abwicklung zwischen ihnen spricht nach der *hier* vertretenen Auffassung, daß nach Widerruf oder Anfechtung eine rechtsgeschäftlich wirksame Anweisung fehlt, daher eine die Kondition innerhalb der Kausalverhältnisse tragende Anweisungsleistung grundsätzlich nicht zustande kommen kann. Die Nichtbeachtung des Widerrufs stellt nicht deshalb etwas Besonderes dar, weil dieser eine nachträgliche Gegenweisung ist, sondern weil die ursprüngliche Weisung als Vertrauenstatbestand weiter existiert.

2. Die Haftung des Auftraggebers analog §§ 171, 172

Hat jemand einem Dritten mitgeteilt, daß er einen anderen bevollmächtigt hat, so ist dieser nach § 171 I aufgrund der Mitteilung dem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt. Die Vertretungsmacht bleibt gem. § 171 II bestehen, bis die Mitteilung in derselben Weise, in der sie erfolgt ist, widerrufen wird. Diese Vorschrift ist auf die Anweisung entsprechend anzuwenden.³⁶ Sie trifft freilich nicht genau den Fall der Leistung der Bank nach Anfechtung oder Widerruf der Giroüberweisung. Die Bank übermittelt als Botin dem Empfänger die „Empfängerdurchschrift“ des Überweisungsformulars, also eine für den Empfänger bestimmte Erklärung des Kunden („Anweisenden“), die einmal der Kennzeichnung der Zahlung, insbesondere des Zahlungszwecks (Tilgungsbestimmung), dient,³⁷ zum anderen aber auch die Mitteilung des Kunden („Anweisenden“) enthält, daß er die Bank (intern) angewiesen habe. Insofern entspricht die Gutschrift oder Zahlung an den Empfänger unter Vorlage des Überweisungsträgers dem Fall der Zuwendung des Vertreters „im Namen“ des „Vollmachtgebers“ an einen Dritten, dem die Erteilung einer Innenvollmacht angezeigt worden ist (§ 171). Daß die Mitteilung dem Empfänger nach dem Erlöschen der Anweisung durch internen Widerruf (§§ 168 S. 3, 167 I) und daß sie durch die Bank (den „Vertreter“) übermittelt wurde, ist ohne Bedeutung, da auch so für den Empfänger der *Rechtsschein* der Leistung aufgrund einer bestehenden Anweisung entsteht. Es muß weiterhin genügen, daß die Mitteilung *zugleich* mit der Leistung erfolgt, denn dies ist der Zeitpunkt, in dem der Empfänger auf das Vorliegen der Anweisung vertraut.³⁸ Fraglich erscheint jedoch die *Zurechenbarkeit* des Rechtsscheins, da die Bank („Angewiesene“) die Mitteilung des Kunden („Anweisenden“) *weisungswidrig* weitergegeben hat. Freilich sind *nicht* ohne weiteres die Grundsätze heranzuziehen, die für die Übersendung einer verkörperten Erklärung gegen den Willen des Erklärenden gelten: Sie würden über eine Anfechtung der Mitteilung als einer geschäftsähnlichen Erklärung³⁹ analog §§ 119 I, 120, 122 oder

³⁶ S.o. § 5 IV 2 c.

³⁷ Vgl. Wilhelm AcP 175 (1975), 349.

³⁸ Vorliegen der Mitteilung *vor* dem Vertretergeschäft verlangen Palandt/Heinrichs §§ 170ff. Anm. 2 unter Berufung auf RG 104, 360.

³⁹ Die Mitteilung im Sinne des § 171 ist eine rechtsgeschäftsähnliche Erklärung (vgl. Larenz AT § 33 Ia, S. 553).

eine direkte Analogie zu § 122⁴⁰ zu einer Haftung des Kunden („Anweisenden“) gegenüber dem Empfänger für das *negative Interesse* führen. Die Zurechenbarkeit eines Rechtsscheinstatbestandes ist nicht notwendig nach denselben Maßstäben zu beurteilen wie die einer rechtsgeschäftlichen Erklärung.⁴¹ Die Frage ist, ob der Kunde („Anweisende“) sich darauf berufen kann, daß die Bank („Angewiesene“) gegen seinen Willen dem Empfänger den Überweisungsträger übermittelt hat, der Rechtsscheinstatbestand also auf einem Willensmangel beruht. Selbst wenn man mit *Canaris*⁴² eine Anfechtung analog § 120, die die Zurechenbarkeit des Rechtsscheinstatbestandes ausschliesse, für die §§ 170 ff. grundsätzlich zuläßt, ist sie doch für den Fall der weisungswidrigen Übermittlung einer im übrigen authentischen Erklärung des Vollmachtgebers abzulehnen. Dies ergibt sich aus der Regelung des § 172 I, nach der es der *Mitteilung* von der Bevollmächtigung im Innenverhältnis (§ 171) gleichsteht, wenn der Vollmachtgeber dem Vertreter eine *Vollmachtsurkunde* ausgehändigt hat und der Vertreter sie dem Geschäftsgegner vorlegt. Die Vertretungsmacht bleibt bestehen, bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt ist (§ 172 II). Es genügt danach zum Ausschluß der Rechtsscheinhaftung nicht, daß der Vollmachtgeber die Urkunde vom Vertreter zurückgefordert hat und dieser sie bewußt gegen den Willen des Vollmachtgebers vorlegt.⁴³ Für die Vorlegung der *Mitteilung* über eine Bevollmächtigung im Innenverhältnis kann nichts anderes gelten, zumal der Gesetzgeber den Tatbestand der Vorlegung einer Vollmachtsurkunde in § 172 dem der Mitteilung von der Erteilung einer Innenvollmacht (§ 171) ausdrücklich gleichstellt und für beide Fälle dieselbe Rechtsscheinhaftung anordnet. Das Risiko des weisungswidrigen Handelns des Vertreters („Angewiesenen“) trägt also im Verhältnis zum Geschäftsgegner (Empfänger) grundsätzlich der Vollmachtgeber („Anweisende“). *Canaris*⁴⁴ spricht im Zusammenhang mit den §§ 170 ff. von einem „gesteigerten Verkehrsschutz“ oder einer „verschärften Rechtsscheinhaftung“ wegen der „Drittgerichtetheit“ der Vollmacht. Dasselbe gilt für die Anweisung und rechtfertigt im vorliegenden Fall die über das negative Interesse hinausgehende Haftung des Kunden („Anweisenden“) gegenüber dem Empfänger. Die Giroüberweisung ist also im Verhältnis des Kunden („Anweisenden“) zum Empfänger wirksam. Die Gutschrift oder Zahlung gilt daher zwischen dem Kunden und dem Empfänger als Zuwendung des Kunden. Im Dekungsverhältnis kondiziert die Bank („Angewiesene“) vom Kunden („Anweisenden“). Die Haftung des Kunden („Anweisenden“) analog §§ 171, 172 entspricht in der Rechtsfolge der Haftung gem. § 170.⁴⁵ Sie entfällt analog § 173 bei Kenntnis oder Fahrlässigkeit des Empfängers.

⁴⁰ So Wilhelm AcP 175 (1975), 349f.

⁴¹ Wilhelm (aaO) erörtert nur eine Haftung kraft rechtsgeschäftlicher Erklärung.

⁴² Vertrauenshaftung, S. 35f. Anders die h. M. (vgl. die Nachweise bei Canaris aaO, S. 35 N. 17).

⁴³ Vgl. Palandt/Heinrichs §§ 168 ff. Anm. 3.

⁴⁴ Vertrauenshaftung, S. 141/142.

⁴⁵ Dazu s. o. § 5 IV 2 b.

V. Mängel der Geschäftsfähigkeit des Kunden

Bankrechtliche Besonderheiten gibt es auch bei der Überweisung des *Geschäftsunfähigen*. Die h. M. geht, wie bei der Anweisung im allgemeinen, von der Nichtigkeit des Überweisungsauftrages (§§ 104 ff.)⁴⁶ und einer Durchgriffskondition der Bank gegen den Empfänger aus.⁴⁷ Die Banken sind gegen die Folgen von Mängeln der Geschäftsfähigkeit des Kunden in zweifacher Weise geschützt. Tritt nach wirksamem Abschluß des Girovertrags nachträglich Geschäftsunfähigkeit ein, so trägt der Kunde nach Ziff. 23 AGB der Privatbanken den Schaden, der daraus entsteht, daß die Bank von dem eintretenden Mangel seiner Geschäftsfähigkeit unverschuldet keine Kenntnis erlangt. Die Wirksamkeit dieser Klausel ist heute unstrittig, auf die überzeugende Begründung in BGH 52, 61 (63 f.) kann verwiesen werden. Dies bedeutet nun freilich nicht,⁴⁸ daß die Bank dem Kunden (Auftraggeber) die mit der dem Empfänger erteilten Gutschrift erbrachte Zuwendung ohne weiteres als Leistung in Rechnung stellen könnte und die Durchgriffskondition gegen den Empfänger nur eine zusätzliche Regreßmöglichkeit für den Fall eröffnete, „daß beim Auftraggeber nichts zu holen ist“. Eine Leistung an den Auftraggeber ist vielmehr wegen der Unwirksamkeit seines Überweisungsauftrags nicht zustande gekommen und die Bank hat zunächst *nur* den Anspruch gegen den Empfänger. Wenn und soweit sie mit diesem Anspruch gegen den Empfänger ausfällt und dadurch Schaden erleidet, steht ihr jedoch aufgrund Ziff. 23 AGB ein vertraglicher Regreßanspruch gegen den Kunden (Auftraggeber) zu.

Diese Sicherung der Bank versagt freilich, wenn wegen des Mangels der Geschäftsfähigkeit des Kunden bereits der Girovertrag unwirksam ist. Auch hier steht der Bank die Durchgriffskondition gegen den Empfänger zu. Zugleich haftet die Bank dem Kunden (Auftraggeber) wegen der Nichtigkeit des Girovertrages aus §§ 812 ff. auf Rückerstattung der Einlagen. Sie haftet jedoch nach h. M. nur insoweit, als der Anspruch gegen den Empfänger durchsetzbar ist, und kann sich im übrigen auf Entreichung (§ 818 III) berufen.⁴⁹ Die Bank darf sich freilich nicht einfach durch Abtretung der Kondition gegen den Empfänger befreien, da der Bereicherungsanspruch des Kunden (Auftraggebers) auf Rückerstattung der Einlagen gerichtet ist.⁵⁰ Dasselbe ergibt sich aus dem kontokorrentrechtlichen Zessionsverbot.⁵¹ Zur Begründung der Entlastungsmöglichkeit für die Bank nach § 818 III führt *Canaris*⁵² an: Der Mangel des Überweisungsauftrags stamme hier aus der

⁴⁶ Canaris in HGB-RGRK Anh. § 357 Anm. 185.

⁴⁷ Canaris aaO Anm. 222 m. w. N.; Schlegelberger/Hefermehl HGB Anh. § 365 Rn. 50; Meyer-Cording, S. 51 f.; Schwark WM 70, 1335; a. A. Möschel JuS 72, 301 f.

⁴⁸ So Möschel JuS 72, 301/302.

⁴⁹ Canaris aaO Anm. 187 a; vgl. auch RG 86, 343 (348 f.).

⁵⁰ Canaris aaO.

⁵¹ Canaris aaO und § 355 Anm. 60.

⁵² Anm. 187 a.

Sphäre des Kunden, könne also nicht der Bank angelastet werden. Bei anfänglichem, d. h. schon bei Abschluß des Girovertrags gegebenem, Fehlen der Geschäftsfähigkeit des Kunden versage der rechtsgeschäftliche Selbstschutz der Banken, entsprechende Abreden (vgl. Ziff. 23 AGB) seien unwirksam. Überdies bestehe hier ein innerer Zusammenhang zwischen der Hereinnahme der Einlagen des Kunden aufgrund des nichtigen Girovertrags und der Gutschrift an den Empfänger aufgrund des nichtigen Überweisungsauftrags. Diese Argumente überzeugen nur z. T., der Schutz der Bank ist jedoch auf andere Weise zu begründen. Derjenige, aus dessen Sphäre ein Mangel stammt, muß nicht notwendig das Risiko und den Schaden tragen. Gerade der Geschäftsunfähige trägt in der Regel kein rechtsgeschäftliches Risiko, obwohl der Mangel des Rechtsgeschäfts in seiner Person liegt (vgl. §§ 104 ff.). Dies muß auch gegenüber Banken gelten. Die Anerkennung der Ziff. 23 AGB durch die h. M. begründet keinerlei Privileg: Sie beruht im wesentlichen darauf, daß der Geschäftsfähige nach § 305 auch das Risiko der eigenen, später eintretenden Geschäftsunfähigkeit vertraglich übernehmen kann.⁵³ Eine solche (wirksame) Risikoübernahme liegt hier gerade *nicht* vor. *Kein* Geschäftspartner des Geschäftsunfähigen kann sich gegen das Risiko einer anfänglichen Geschäftsunfähigkeit sichern. Auch hier darf für Banken keine Ausnahme gelten. Die Entlastung durch den Entreichungseinwand (§ 818 III) gegenüber der Kondition des Kunden ist jedoch einfach deshalb gerechtfertigt, weil der *Tatbestand* des § 818 III erfüllt ist. Einer weiteren Begründung bedarf es nicht. Die Bank hat dem Empfänger die Gutschrift erteilt, ihm eine Forderung eingeräumt in der Annahme, aufgrund des wirksamen Girovertrages mit dem Auftraggeber einen dem Überweisungsbetrag entsprechenden Teil des Guthabens endgültig behalten, die Guthabenforderung des Auftraggebers entsprechend vermindern zu können. Die Bank hat also im Vertrauen darauf, aufgrund des Girovertrages mit dem Auftraggeber eine causa für das „Behalten“ eines entsprechenden Guthabenanteils zu besitzen, dem Empfänger eine Zuwendung gemacht. § 818 III gestattet es, jede unvorteilhafte Disposition des Bereicherten zu berücksichtigen, die durch den Empfang des Bereicherungsgegenstandes und das Vertrauen auf die causa motiviert ist. Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, daß die Bank nicht zuerst etwas empfängt und später im Zusammenhang damit und im Vertrauen auf die causa einem Dritten eine Zuwendung macht, sondern daß die Bank gerade durch die Gutschrift gegenüber dem Empfänger die causa für das endgültige Behalten eines Guthabenanteils gegenüber dem Auftraggeber zu erwerben meint. Auf die zeitliche Folge kann es jedoch nicht ankommen, entscheidend ist vielmehr das *Motivationsverhältnis*: Die Gutschrift der Bank gegenüber dem Empfänger wurde durch die Aussicht, infolge der Gutschrift einen entsprechenden Anteil an dem Guthaben des Empfängers behalten zu dürfen, veranlaßt und erfolgte im Vertrauen darauf, daß dieser Erwerb in einem wirksamen Girovertrag mit dem Auftraggeber begründet war. Die Voraussetzungen eines Vertrauensschutzes für die Bank sind also gegeben.

⁵³ Vgl. BGH 52, 61 (63).

§ 7: Die Bedeutung der Anweisungsleistung über das Bereicherungsrecht hinaus

I. Dingliche Rechtsfolgen der Anweisungsleistung

Die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden hat die dingliche Wirkung einer vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger führenden Zuwendungskette. Es treten dieselben Rechtsfolgen ein, wie wenn der Angewiesene den Gegenstand dem Anweisenden zugewendet und dieser ihn an den Empfänger weiterveräußert hätte.¹ Der Anweisende erwirbt für eine „juristische Sekunde“ Durchgangseigentum. Dieser dingliche Zwischenerwerb ist überall dort unumgänglich, wo sich der Anweisende im Valutaverhältnis gegenüber dem Empfänger das Eigentum vorbehalten will, wie es beim *Streckengeschäft* die Regel ist.²

1. Das völlige Scheitern der Zuwendungskette

Bei *Geschäftsunfähigkeit* oder *beschränkter Geschäftsfähigkeit* des Angewiesenen wird der Anweisende nicht Eigentümer der „für seine Rechnung“ übereigneten Sache. Der Empfänger jedoch könnte bei *beschränkter Geschäftsfähigkeit* des Angewiesenen grundsätzlich nach §§ 932 ff. Eigentum erwerben, wenn er an das Eigentum des Anweisenden glaubt. Nach einer, allerdings nicht unbestrittenen, Meinung³ ist die Sache, die der beschränkt Geschäftsfähige weggegeben hat, im Sinne des § 935 nicht abhanden gekommen. Seine Verfügung als „Vertreter“ des Anweisenden könnte analog § 165 wirksam sein. Freilich ist hier nicht zu übersehen, daß der beschränkt Geschäftsfähige in Wahrheit zu Lasten seines *eigenen* Vermögens verfügt. Eine entsprechende Anwendung des § 165 ist daher ausgeschlossen. Durch die Anweisungsleistung des beschränkt Geschäftsfähigen erwirbt damit weder der Anweisende noch der Empfänger Eigentum. Dasselbe gilt bei *Geschäftsunfähigkeit* des Angewiesenen: Ihm ist die Sache abhanden gekommen (§ 935) und seine „Vertretererklärung“ ist unwirksam. Die Durchgangstheorie kommt so für den Fall der Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsfähigkeit des Angewiesenen zu demselben Ergebnis wie die h. M.⁴

2. Die unvollständige Anweisungswirkung

Hat die Anweisungsleistung dieselbe Wirkung, wie wenn der Angewiesene an den Anweisenden, dieser an den Empfänger veräußert hätte (Zuwendungskette), so wäre

¹ Zum Eigentumserwerb beim Streckengeschäft Holtkamp, S. 1 ff.

² Holtkamp, S. 24 ff.

³ Vgl. Palandt/Bassenge § 935 Anm. 4 a.

⁴ Vgl. Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 820; Kupisch, S. 79 f.

es denkbar, die Zuwendungskette beim Anweisenden abbrechen zu lassen, wenn er aufgrund eines Mangels in der Geschäftsfähigkeit oder der Verfügungsbefugnis über den empfangenen Gegenstand zur Weiterveräußerung außerstande ist. Dann wäre der *Anweisende* Inhaber des Zuwendungsgegenstandes, ihm stünde gegenüber dem Empfänger die Vindikation zu. Zwei solche Fälle sind bereits erörtert worden: Die *Anweisung des beschränkt Geschäftsfähigen*⁵ und die *Ausführung der Anweisung, nachdem der Anweisende in Konkurs gefallen ist*.⁶ Wäre die vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger führende *Leistungskette ohne Abkürzung des Leistungswegs* vollzogen worden, so hätte weder die beschränkte Geschäftsfähigkeit noch der Konkurs über sein Vermögen den Anweisenden am Erwerb des Leistungsgegenstandes gehindert. Dessen Weiterveräußerung an den Empfänger durch den beschränkt Geschäftsfähigen wäre jedoch unwirksam (§§ 104 ff. BGB). Dasselbe würde für den Anweisenden im Konkurs gelten, wenn die Leistung des Angewiesenen an ihn auf eine „zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit“ erfolgte und nach § 8 II, III KO Erfüllung einträte. Dann gehörte der Leistungsgegenstand zur Konkursmasse und seine Veräußerung durch den Anweisenden (Gemeinschuldner) wäre gem. § 7 KO unwirksam. Dem Anweisenden stünde gegenüber dem Empfänger die Vindikation zu. Dieselbe Wirkung tritt ein, wenn eine *Anweisungsleistung*, d.h. dieselbe Leistungskette aufgrund eines abgekürzten rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, vollzogen wird.

Eine unvollständige Anweisungswirkung ist auch möglich im Fall der *Geschäftsunfähigkeit des Empfängers*: Nach *Kupisch*⁷ erscheint es im Hinblick darauf, daß der Anweisende das Zuwendungsgeschäft des Angewiesenen durch die wirksame Anweisung zurechenbar veranlaßt hat, unbillig, den Angewiesenen mit dem Risiko der Geschäftsunfähigkeit des Empfängers zu belasten. Deshalb müsse man dem Angewiesenen gestatten, die bestehen gebliebene Forderung des Anweisenden im Deckungsverhältnis dadurch zu erfüllen, daß er seine Vindikation gegen den Empfänger an den Anweisenden zediere. Dieselbe Überlegung rechtfertige bei nichtigem Deckungsverhältnis eine Forderung des Angewiesenen gegen den Anweisenden auf Wertersatz gegen Abtretung der Vindikation. Trotz der fehlgeschlagenen Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger sei also im Ergebnis eine der Veräußerungskette entsprechende Regelung gerechtfertigt. Diesem Ergebnis und der darin liegenden Risikoverteilung ist zuzustimmen. Die hier vertretene Ansicht kommt dahin freilich auf einem einfacheren Weg: Nach ihr erwirbt der *Anweisende* durch die Anweisungsleistung unmittelbar das Eigentum am Leistungsgegenstand und damit die Vindikation gegen den Empfänger, denn die Zuwendung *an ihn* wird durch die Geschäftsunfähigkeit des Empfängers nicht berührt. Im Deckungsverhältnis tritt Erfüllung ein oder es entsteht eine Leistungskondition des Angewiesenen gegen den Anweisenden.

⁵ S. o. § 5 IV 2 g.

⁶ S. o. § 5 IV 2 j.

⁷ Gesetzespositivismus, S. 80.

Bei *beschränkter Geschäftsfähigkeit* erwirbt der *Empfänger* den Zuwendungsgegenstand (§ 107), denn auch ein Erwerb vom Anweisenden ist für ihn von ausschließlichem rechtlichem Vorteil. Die Anweisungsleistung kommt also mit der vollen Wirkung einer vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger führenden Veräußerungskette zustande. Freilich tritt, da dem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Empfänger die schuldrechtliche Empfangszuständigkeit fehlt,⁸ die Erfüllung seiner Forderung gegen den Anweisenden im Valutaverhältnis nicht ein. Einerseits behält also der Empfänger seine Forderung gegen den Anweisenden, andererseits steht dem Anweisenden aufgrund der Anweisungsleistung eine Leistungskondition gegen den Empfänger zu. Beide Ansprüche sind nach § 273 miteinander verknüpft. Dies schützt jedoch den Anweisenden nicht, falls der Empfänger sich bereits im Konkurs befindet oder über sein Vermögen der Konkurs eröffnet wird.⁹ Bejaht man die Gleichartigkeit der Ansprüche, so schützt den Anweisenden im Rahmen der §§ 53 ff. KO die Aufrechnung. Die volle Anweisungswirkung ist anzunehmen, obwohl der Anweisende aufgrund der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Empfängers im Valutaverhältnis Nachteile erleidet. Die Anweisungswirkung betrifft allein die Zuwendung, also die dingliche Seite der Leistung, ist von den (schuldrechtlichen) Kausalverhältnissen unabhängig (Abstraktionsprinzip). Gewiß wäre es möglich, die Anweisungswirkung in Form einer Bedingung davon abhängig zu machen, daß im Valutaverhältnis Erfüllung eintritt. Doch ist die Anweisungserklärung nur dann in diesem Sinn auszulegen, wenn konkrete Umstände darauf hinweisen: Es widerspricht den Auslegungsregeln, der Anweisungserklärung einen Sinn zu geben, der einseitig den Anweisenden begünstigt. Vor allem braucht der Angewiesene (Erklärungsempfänger) von seinem Verständnishorizont her mit einer solchen Auslegung nicht zu rechnen. Jedenfalls aber würde er eine so bedingte, ihn einseitig belastende Anweisung nicht ausführen, sondern direkt an den Anweisenden leisten, wie es der Inhalt seiner Leistungspflicht aus dem Deckungsverhältnis ist.

II. Die Erfüllung von Ansprüchen

Unstreitig wird bei der Anweisung auf Schuld gleichzeitig die Leistungspflicht des Angewiesenen gegenüber dem Anweisenden aus dem Deckungsverhältnis und die Leistungspflicht des Anweisenden gegenüber dem Empfänger aus dem Valutaverhältnis erfüllt. Dieser Vorgang ließe sich grundsätzlich *erfüllungsrechtlich* so deuten, daß der Angewiesene im Deckungsverhältnis nach §§ 362 II, 185 durch Leistung an einen Dritten erfüllt und die Leistungspflicht des Anweisenden im Valutaverhältnis durch den Angewiesenen als Dritten nach § 267 erfüllt wird.¹⁰ Gegen diese Lösung spricht, was das Valutaverhältnis angeht, nicht, daß der Angewiesene

⁸ Larenz SchR I § 18 I (S. 194 f.).

⁹ Vgl. Larenz, Festschr. f. Michaelis, S. 208 m. Nachw.; s. o. § 4 II 1 b, bb γ.

¹⁰ So Fikentscher SchR § 38 II 7 (S. 162); H. P. Westermann JuS 68, 22.

„auf Veranlassung“ des Anweisenden leistet, solange – wie diese Konstruktion unterstellt – der Angewiesene die Leistung „für eigene Rechnung“ erbringt. Wäre die Anweisungsleistung ein reines Problem des Erfüllungsrechts, könnte man sich mit dieser Vorstellung zufrieden geben. Nun findet nach einhelliger Meinung, *bereicherungsrechtlich* gesehen, eine Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger statt. Für Erfüllung und Leistungskondition kann es aber nur einen einheitlichen Leistungsbegriff geben.¹¹ Daher ist auch im Erfüllungsrecht eine Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden und eine Leistung des Anweisenden an den Empfänger anzunehmen. Die Erfüllung wird daher im Deckungsverhältnis wie im Valutaverhältnis nach § 362 I durch Leistung des Schuldners an den Gläubiger bewirkt.¹² Diese Bewertung der Leistungsvorgänge ist dann unproblematisch, wenn man erkennt, daß auf der dinglichen Ebene eine Zuwendung des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger stattfindet, der Angewiesene für seine Zuwendung eine Tilgungsbestimmung auf das Deckungsverhältnis, der Anweisende für seine Zuwendung eine Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis trifft. Das Dreipersonenverhältnis ist damit in zwei schlichte Zweipersonenverhältnisse aufgelöst, für die eine nach Erfüllungsrecht und Bereicherungsrecht unterschiedliche Leistungsstruktur nicht in Frage kommt.

III. Die Begründung vertraglicher Ansprüche des Anweisenden gegen den Empfänger

1. Rückgewähransprüche

Es kommen *Rückgewähransprüche* in Frage aus Darlehn (§ 607 I), Leihe (§ 604), Miete (§ 556) und Verwahrung (§ 695). Als Beispiel soll im folgenden das *Darlehn* (§§ 607 ff.) dienen. Der Darlehnsgeber kann dem Darlehnsnehmer die Valuta auch so verschaffen, daß er einen anderen zur Leistung anweist. Wird dem Darlehnsnehmer die Valuta von einem Dritten „für Rechnung“ des Darlehnsgebers ausbezahlt, so empfängt er sie durch Leistung des Darlehnsgebers. Freilich würde es zur Begründung des vertraglichen Darlehnsrückzahlungsanspruchs nach § 607 I auch genügen, wenn ein Dritter dem Darlehnsnehmer nach § 267 die Valuta ausbezahlte. Der Rückzahlungsanspruch setzt zwar die Auskehrung der Valuta voraus, doch entsteht er aus dem Darlehnsvertrag und notwendig für den Darlehnsgeber, d. h. den Vertragspartner des Darlehnsnehmers. Danach braucht bei der *Auszahlung* der Valuta zwischen einer Drittleistung nach § 267 und der Anweisungsleistung nicht unterschieden zu werden. Es wird auch keine bestimmte Auffassung der Anweisungsleistung vorausgesetzt.

¹¹ S. o. § 2 II 1, 2, 6.

¹² So Enneccerus/Lehmann SchR § 61 I 2 (S. 256); Esser SchR I § 26 III 1 (S. 155); RGRK (Weber)¹² § 362 Rn. 43. Erfüllung nach §§ 362 II, 185 nimmt an Fikentscher SchR § 38 II 7 (S. 162).

2. Die Begründung von Gegenleistungsansprüchen

Was von vertraglichen Rückgewähransprüchen gesagt wurde, gilt um so mehr für *Gegenleistungsansprüche*. Die Kaufpreisforderung steht dem Verkäufer zu, gleichgültig, ob er den Kaufgegenstand selbst liefert, ob der Käufer den Gegenstand durch Anweisungsleistung oder durch Drittleistung nach § 267 erhält. Auch hier dient es nur der Klarheit, die Anweisungsleistung als Leistung des Verkäufers (Anweisen-den) von der Leistung eines Dritten nach § 267 zu unterscheiden.

IV. Der Rücktritt

Versteht man die Leistung des Angewiesenen im Sinne der Drittleistung nach § 267 so, daß der Angewiesene an den Empfänger *eine* Zuwendung mit *doppelter* Tilgungsbestimmung auf Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis erbringt, so ist *von dieser Annahme* aus die Rückgewähr der erbrachten Leistungen nach §§ 346 ff. zu regeln. Bei *Rücktritt im Deckungsverhältnis* kann z. B. der *Anweisende* vom Angewiesenen Rückzahlung des Kaufpreises verlangen, der *Angewiesene* muß auf irgendeine Weise seine Verkäuferleistung zurückerhalten. Der Angewiesene kann jedoch nicht vom Empfänger Rückgabe des Leistungsgegenstandes verlangen, da der Empfänger nicht Partner des Deckungsverhältnisses, also nicht Schuldner des vertraglichen Rückgewähranspruchs nach § 346 ist. Rückgewährschuldner ist der Anweisende. Inhalt des gegen ihn gerichteten Rückgewähranspruchs kann nur Wertersatz sein für das, was er durch die Anweisungsleistung des Angewiesenen mittelbar erwarb, also bei intaktem Valutaverhältnis die Befreiung von seiner Schuld gegenüber dem Empfänger. Bei *Rücktritt im Valutaverhältnis* kann dem Anweisenden gegen den Empfänger nur ein Anspruch auf Übertragung des Leistungsgegenstandes zustehen, obwohl nicht er, sondern der Angewiesene diesen geleistet hat. Bei *doppeltem Rücktritt* hat demnach der Anweisende durch die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger mittelbar diesen Rückgewähranspruch empfangen und hat ihn dem Angewiesenen abzutreten, denn der Rückgewähranspruch gegen den Empfänger kann in Natur herausgegeben werden. Erfolgt der Rücktritt zunächst im Valutaverhältnis, ist die Rückabwicklung abgeschlossen und tritt darauf der Anweisende oder der Angewiesene im Deckungsverhältnis zurück (*sukzessiver Rücktritt*), so hat der Anweisende dem Angewiesenen den Leistungsgegenstand selbst herauszugeben. Die Rückabwicklung nach §§ 346 ff. gleicht so ganz der Kondiktion der Anweisungsleistung, wie die h. M. sie auffaßt. Ein Durchgriff des Angewiesenen gegen den Empfänger scheidet hier auch bei doppeltem Rücktritt schon deshalb aus, weil zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger weder aufgrund des Deckungsverhältnisses noch aufgrund des Valutaverhältnisses eine *vertragliche* Anspruchsgrundlage besteht.

Nach der *hier* vertretenen *Theorie der Anweisungsleistung* ergeben sich andere

Rücktrittsfolgen. Sie geht davon aus, daß der Angewiesene durch die Zuwendung an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden eine Zuwendung an den Anweisenden mit Tilgungsbestimmung auf das Deckungsverhältnis und zugleich eine Zuwendung des Anweisenden an den Empfänger mit Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis, also eine *Leistungskette* bewirkt. Hat damit der *Anweisende* den Leistungsgegenstand empfangen und – vor Erklärung des Rücktritts – weiterveräußert, so kann sein Rücktrittsrecht nach §§ 351, 353, 354 ausgeschlossen sein. Der Anweisende kann nicht mehr zurücktreten, wenn *er* durch die Veräußerung an den Empfänger die Unmöglichkeit der Herausgabe des Leistungsgegenstandes verschuldet hat (§ 351), mit der – im Einzelfall möglichen – Rückgewähr in Verzug gerät (§ 354) oder die Voraussetzungen der Unmöglichkeit der Herausgabe (§ 351) oder der Verarbeitung oder Umbildung des Leistungsgegenstandes (§ 352) in der Person des *Empfängers* eingetreten sind (§ 353). Die zuletzt genannte Vorschrift (§ 353), die in der Anwendung des Verschuldensmaßstabes auf den Abkäufer erhebliche dogmatische Schwierigkeiten bereitet,¹³ hat *keine* praktische Bedeutung.¹⁴ Von einem *Verschulden* (§§ 351, 354) im Sinne einer Pflichtverletzung oder eines Verstoßes gegen das eigene Interesse kann bei Veräußerung in der Regel nicht die Rede sein, da die Veräußerung im allgemeinen der wirtschaftlichen Bestimmung des Gegenstandes entspricht.¹⁵ Freilich hat die moderne Entwicklung dazu geführt, eine Einstandspflicht nach § 351 für jede „freie Handlung“, also eine reine Verursachungshaftung anzunehmen.¹⁶ Aus diesem Grunde fällt auch die Veräußerung des Gegenstandes unter die „schuldhaft“ Vereitelung der Rückgabe des Leistungsgegenstandes. *Dem Anweisenden ist deshalb der Rücktritt versagt*. Eine abweichende Regelung zu seinen Gunsten im Rahmen des Anweisungsverhältnisses widerspräche den Vorstellungen und dem Interesse der Parteien. Angewiesener und Anweisender sollen aufgrund der Anweisungsleistung rechtlich so stehen, wie wenn eine Leistungskette ausgeführt worden wäre. Dann hätte der Anweisende kein Rücktrittsrecht. Kommt der Angewiesene dem Anweisenden freiwillig entgegen und kürzt in dessen Interesse die Leistungskette ab, so kann es nicht als Wille der Parteien angenommen werden, den Angewiesenen dafür mit einem erweiterten Rücktrittsrecht des Anweisenden zu belasten.

Nach der h. M. hingegen hat der Angewiesene den Gegenstand unmittelbar dem Empfänger zugewendet, der Anweisende hat ihn weder empfangen noch weitergegeben. § 351 ist anscheinend nicht anzuwenden, dem Anweisenden das Rücktrittsrecht zu gewähren. Notwendig ist dies freilich nicht: Da der Anweisende die Zuwendung des ihm geschuldeten Gegenstandes an den Empfänger zurechenbar veranlaßt hat, könnte § 351 *analog* angewendet werden oder der Rücktritt des Anweisenden könnte einen *treuwidrigen* Verstoß gegen eigenes früheres Verhalten (§ 242) darstellen. Akzeptiert man jedoch die *Wertung*, daß dem Anweisenden das Rück-

¹³ Vgl. Leser, Rücktritt, S. 188/189.

¹⁴ Vgl. Leser, Rücktritt, S. 189.

¹⁵ Vgl. Leser, Rücktritt, S. 187.

¹⁶ Vgl. Leser, Rücktritt, S. 189ff. m. Nachw.

trittsrecht nicht gebührt, so ist die Annahme eines Durchgangserwerbs des Anweisenden die einfachste *dogmatische Grundlage* für dieses Ergebnis.

Tritt im Deckungsverhältnis der *Angewiesene* zurück, so kann der Anweisende den empfangenen Gegenstand nicht zurückgewähren. An die Stelle der Rückgabe tritt als Surrogat Wertersatz,¹⁷ da auch so der Zweck der Abwicklung, Ausgleich des Empfangenen, erreicht wird. Zu ersetzen ist der Wert des Gegenstandes im Zeitpunkt des angenommenen Leistungsempfangs. Eine Verpflichtung zum vollen Schadensersatz, wie sie § 347 anordnet, ginge *vor Rücktrittserklärung* zu weit; § 347 ist daher einschränkend auszulegen.¹⁸

Der Anspruch aus § 346 ist – jedenfalls in seiner ursprünglichen und typischen Gestalt – ein vertraglicher Anspruch des Leistenden gegen den Leistungsempfänger auf Rückgewähr. Nach der Theorie der Leistungskette behält der Rückgewähranspruch diese Bedeutung auch beim Rücktritt im Dreipersonenverhältnis. Schon deshalb ist jede andere Theorie, auch wenn sie ebenso interessengerecht wäre, dogmatisch überflüssig.

V. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326

Die Anweisungsleistung kann im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis die Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326 bestimmen. Hat der Angewiesene „für Rechnung“ des Anweisenden an den Empfänger geleistet *und* liegen hinsichtlich der dem Angewiesenen im Deckungsverhältnis oder der dem Anweisenden im Valutaverhältnis gebührenden Leistung die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung vor, so kommt es darauf an, ob der Schadensersatz nach der *Differenztheorie* oder nach der *Austauschtheorie*¹⁹ zu gewähren ist. Auch hier soll zunächst *eine* Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger mit *doppelter* Tilgungsbestimmung unterstellt werden. Bei einem Schadensersatzanspruch des *Angewiesenen* (Deckungsverhältnis) spricht für die Anwendbarkeit der Austauschtheorie, daß der Angewiesene auf Veranlassung des Anweisenden an den Empfänger geleistet, damit eine nach §§ 362 II, 185 im Deckungsverhältnis erfüllungsg geeignete Leistung erbracht hat. Durch sie erhält der Anweisende in Form der Befreiung von der Valutaschuld in etwa das ihm Gebührende. Bei einem Schadensersatzanspruch des *Anweisenden* (Valutaverhältnis) spricht für die Austauschtheorie, daß der Empfänger den geschuldeten Gegenstand durch eine vom Anweisenden veranlaßte Leistung erhält und der Anweisende dafür im Deckungsverhältnis eine Gegenleistung schuldet. Dasselbe gilt im Fall des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis zugleich: Der Durchgriff des Angewiesenen gegen den Empfänger ist ausgeschlossen, da der Empfänger dem Angewiesenen keine Leistung, damit auch kein

¹⁷ Leser, Rücktritt, S. 199 f.

¹⁸ Leser, Rücktritt, S. 200; Glaß, S. 41 ff.

¹⁹ Vgl. dazu Larenz SchR I § 22 IIb (S. 276 ff.) m. Nachw.

Erfüllungssurrogat schuldet. Das Ergebnis des Schadensersatzes nach der Austauschtheorie im Deckungsverhältnis, Valutaverhältnis und in beiden Kausalverhältnissen läßt sich von der Voraussetzung einer Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger her verstehen, d. h. es läßt sich zeigen, welcher Vermögensschaden dem Angewiesenen und Anweisenden aufgrund der Anweisungsleistung im Rahmen der Abwicklung der Kausalverhältnisse entstanden ist, und ein entsprechender Ersatzanspruch konstruieren. Dabei verwischen sich jedoch die Konturen der besonderen Anspruchsvoraussetzungen der Austauschtheorie, die typischerweise davon ausgeht, daß der Ersatzberechtigte an den Schadensersatzpflichtigen im Sinne des Erfüllungsrechts geleistet hat, also *durch den Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Surrogat ein Leistungsaustausch zustande kommt*. Die Theorie der *Leistungskette* versteht die Anweisungsleistung so, daß der Angewiesene den Leistungsgegenstand dem Anweisenden, dieser ihn dem Empfänger leistet, im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis ein Zuwendungsaustausch unter den Vertragspartnern stattfindet. Aufgrund dieses angenommenen Zuwendungsaustauschs ist die Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nach der Austauschtheorie ohne weiteres möglich.

VI. Die Mängelgewährleistung

1. Die Mängelgewährleistung als Problem der Leistung im Dreipersonenverhältnis

Die Mängelgewährleistung bei der Anweisungsleistung wird in der Literatur selten berührt.²⁰ Auch die Gewährleistung wird jedoch in die Problematik des Dreipersonenverhältnisses hineingezogen, da sie Leistungsfolge ist. Gewährleistungsansprüche setzen eine Leistung voraus, die zur Erfüllung bestimmt und im wesentlichen geeignet ist oder vom Gläubiger als Erfüllung angenommen wurde, die jedoch die Leistungspflicht nicht vollständig erfüllt („Schlechtleistung“).²¹ Wegen dieses Zusammenhanges mit der Erfüllung löst die *Leistung eines Dritten* auf fremde Schuld Gewährleistungsfolgen nur aus, wenn sie nach § 267 Erfüllung bewirken kann. Aus demselben Grund führt die *Leistung des Schuldners an einen Dritten* zur Gewährleistung nur, wenn dieser empfangszuständig ist. Anderenfalls wird ein aliud geleistet, der Erfüllungsanspruch bleibt unberührt. Tritt hingegen aufgrund der *Leistung* des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis Gewährleistung ein, so werden die ursprünglichen Leistungsansprüche inhaltlich verändert (vgl. den Mängelbeseiti-

²⁰ Vgl. zur Wandelung v. Caemmerer JZ 62, 386, 388; Berg JuS 64, 138; Lorenz JZ 68, 53. Zur Haftung für Mängelschäden nach § 463 S. 2 innerhalb einer Käuferkette Wolter NJW 75, 622 (m. Nachw.).

²¹ Der Fall des Stückkaufs, bei dem *kein* Nachbesserungsanspruch besteht (anders: § 476 a) und das Bestehen einer Pflicht zur *mangelfreien* Leistung deshalb streitig ist (vgl. Larenz SchR II § 41 II e, S. 59 f. m. Nachw.) braucht im vorliegenden Zusammenhang nicht gesondert behandelt zu werden.

gungsanspruch: §§ 536, 633 II), durch einen Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse ersetzt (vgl. §§ 463, 538, 635) oder der Gewährleistungsberechtigte kann den Vertrag ganz oder teilweise aufheben (vgl. Wandelung und Minderung: §§ 462, 634). All dies ist unproblematisch, solange der Schuldner an den Gläubiger leistet, d.h. der Schuldner den geschuldeten Gegenstand dem Gläubiger mit Tilgungsbestimmung auf das Schuldverhältnis zuwendet. Es ist hingegen *nicht* selbstverständlich, daß der *Anweisende* die Mängel der von einem Dritten (Angewiesenen) erbrachten Zuwendung zu beseitigen verpflichtet ist, daß er bei Minderung des Empfängers einen Teil der Vergütung und damit des Geschäftsgewinnes einbüßt. Beim „großen Schadensersatz“ wegen Nichterfüllung nach §§ 463, 635 ist der Anweisende aufgrund der mangelhaften Leistung des Dritten (Angewiesenen) ohne die Möglichkeit eines eigenen Erfüllungsversuchs verpflichtet, dem Empfänger das Erfüllungsinteresse zu ersetzen und den mangelhaften Gegenstand „zurückzunehmen“, und muß sich im Deckungsverhältnis mit dem Dritten (Angewiesenen) auseinandersetzen. Diese Belastungen können dem Anweisenden nur zugemutet werden, wenn ihm die Zuwendung des Angewiesenen in irgendeiner Form *zuzurechnen* ist. Umgekehrt ist dem *Empfänger* nur, wenn die Leistung des Dritten (Angewiesenen) vom Schuldner (Anweisenden) legitimiert ist, die Umwandlung seines Erfüllungsanspruchs in Gewährleistungsrechte zuzumuten: die Verkürzung der Verjährung des Erfüllungsanspruchs (vgl. §§ 480 I, 477), die Beschränkung des Anspruchs auf Mängelbeseitigung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung anstatt des ursprünglichen Anspruchs auf die Leistung.

Versteht man die Anweisungsleistung nach der hier vorgeschlagenen *Theorie der Leistungskette*, entstehen solche Probleme nicht. Dann bewirkt die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden eine Zuwendung des Angewiesenen an den Anweisenden mit Tilgungsbestimmung auf das Deckungsverhältnis und eine Zuwendung des Anweisenden an den Empfänger mit Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis. Leistet demnach im Deckungsverhältnis wie im Valutaverhältnis der Schuldner an den Gläubiger auch im Sinne des Erfüllungsrechts und damit der Gewährleistungsregelung, so findet die Gewährleistung statt wie im Zweipersonenverhältnis. Für diese Lösung spricht einmal, daß sie Erfüllung, Gewährleistung und Leistungskondition in demselben Sinn regelt. Bei der Anweisungsleistung wird überwiegend Erfüllung nach § 362 I, also durch Leistung des Schuldners an den Gläubiger angenommen,²² ohne daß man sich indessen um eine diese Lösung tragende Leistungstheorie bemüht. Die hier vertretene Lehre ist diese Theorie. Nach ihr werden durch die Anweisungsleistung die *Zuwendungen* und auf ihrer Grundlage die Leistungen innerhalb der Kausalverhältnisse vollzogen. Die h. M. jedoch, insbesondere die Theorie der Leistungskondition, geht von einer *Zuwendung* des Angewiesenen an den Empfänger aus und ist deshalb außerhalb des Bereicherungsrechts genötigt, auch eine *Leistung* des Angewiesenen an den Empfänger anzunehmen, denn die herrschende Bereicherungstheorie läßt sich nicht auf

²² S. o. N. 12.

andere Gebiete übertragen. Im folgenden wird jeweils die Gewährleistung zunächst nach *diesem* Leistungsmodell erörtert. *Anweisung* bedeutet *danach* nur die zurechenbare Veranlassung der Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger durch den Anweisenden; diese Zuwendung bleibt jedoch eine (direkte) Eigenleistung des Angewiesenen an den Empfänger. Für das Deckungsverhältnis begründet diese Anweisung die Empfangszuständigkeit des Empfängers nach §§ 362 II, 185. Für das Valutaverhältnis ist der Angewiesene als Leistender nach § 267 legitimiert. Die gleichzeitige *Erfüllung* im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis läßt sich auf diese Weise verstehen. Im Text wird die Bezeichnung der Personen Angewiesener, Anweisender und Empfänger beibehalten; sie hat jedoch aufgrund des *hier* unterstellten Verständnisses der Anweisungsleistung eine veränderte Bedeutung.

2. Gewährleistungsrechte des Empfängers gegenüber dem Angewiesenen

Die Gewährleistungsrechte entstehen aus dem Anspruch, zu dessen Erfüllung geleistet wird. Daher ist Voraussetzung der Gewährleistung, daß die Leistung zu dem Anspruch durch Tilgungsbestimmung in Bezug gesetzt wurde. Trägt, wie *hier* anzunehmen, die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger eine doppelte Tilgungsbestimmung auf Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis, so gelten für sie die Gewährleistungsregelungen *beider* Kausalverhältnisse. Wie die Leistung in beiden Schuldverhältnissen Erfüllung wirken soll, löst sie in beiden Gewährleistungsrechte aus. Die Gewährleistungsregelungen können sehr unterschiedlich sein, selbst wenn im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis derselbe Vertragstyp, etwa Stückkauf, vorliegt. Im Deckungsverhältnis ist möglicherweise anstelle von Wandelung und Minderung ein Nachbesserungsanspruch vereinbart (vgl. § 476 a), der Verkäufer räumt statt der gesetzlichen Gewährleistungsrechte eine von ihm formulierte „Garantie“ ein oder die Mängelgewährleistung ist gegen einen Preisnachlaß völlig ausgeschlossen (Discount-Geschäft).²³ Freilich kommt es trotz der Doppelfunktion der Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis zu keiner Konkurrenz der Gewährleistungsregelungen, da die Gewährleistungsrechte zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner der in Bezug genommenen Leistungspflicht, also zwischen den Parteien der Kausalverhältnisse bestehen. Für die Aktivlegitimation ist dies selbstverständlich: Da die Gewährleistungsrechte aus dem Leistungsanspruch entspringen, können sie nur dessen *Gläubiger* zustehen. Dasselbe gilt jedoch für die Passivlegitimation: Der Mängelbeseitigungsanspruch als Rest des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs wie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, also auf ein Erfüllungssurrogat, richten sich notwendig gegen den *Schuldner* der Leistung. Aber auch Wandelung und Minderung, d. h. die teilweise oder völlige Aufhebung des Synallagmas, belastet den *Schuldner*, da er im gegenseitigen Vertrag zugleich Gläubiger des Gegenlei-

²³ Diese Vereinbarung kann nicht durch AGB (vgl. § 11 Ziff. 10 a AGB-Gesetz), sondern nur durch Individualabrede (§ 1 II AGB-Gesetz) getroffen werden.

stungsanspruchs ist. Daraus ergibt sich weiter, daß dem *Empfänger*, obwohl er eine Zuwendung des Angewiesenen mit Tilgungsbestimmung auch auf das Deckungsverhältnis empfängt, aus diesem Schuldverhältnis keine Gewährleistungsrechte gegen den Angewiesenen zustehen, da der Empfänger nicht Gläubiger des Leistungsanspruchs aus dem Deckungsverhältnis ist. Die Gewährleistungsrechte des Empfängers aus dem Valutaverhältnis hingegen richten sich nicht gegen den Angewiesenen, denn dieser ist nicht Schuldner der Valutaforderung des Empfängers. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn der Angewiesene durch Schuldübernahme (§§ 414, 415) Schuldner im Valutaverhältnis oder der Empfänger durch Zession (§§ 398 ff.) oder berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter (§ 328)²⁴ Gläubiger im Deckungsverhältnis geworden wäre. Vertragliche Beziehungen, zu deren Erfüllung geleistet wird und die Gewährleistungsrechte begründen könnten, bestehen zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger im Regelfall nicht.

3. Die Gewährleistung innerhalb der Kausalverhältnisse

Die Gewährleistungsrechte wegen der Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger mit Tilgungsbestimmung auf Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis stehen im Deckungsverhältnis dem Anweisenden gegen den Angewiesenen, im Valutaverhältnis dem Empfänger gegen den Anweisenden zu. Wie der Anweisende Gläubiger der Leistung im Deckungsverhältnis und Schuldner derselben Leistung im Valutaverhältnis ist, so ist er Gewährleistungsberechtigter im Deckungsverhältnis und Gewährleistungsschuldner im Valutaverhältnis. Im einzelnen gilt folgendes:

a) Ansprüche auf Nachbesserung oder Mängelbeseitigung (§§ 476 a, 536, 633 II)

Ansprüche auf Nachbesserung oder Mängelbeseitigung stehen im Deckungsverhältnis dem *Anweisenden* zu, da es sich um Reste des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs handelt. Ebenso schuldet der *Anweisende* im Valutaverhältnis als ursprünglicher Leistungsschuldner auch Nachbesserung oder Mängelbeseitigung. Daß diese an einem Leistungsgegenstand vorzunehmen ist, den der Angewiesene geleistet hat, kann der Anweisende nicht einwenden, ohne sich mit eigenem früherem Verhalten in Widerspruch zu setzen (*venire contra factum proprium*, § 242), da er die Leistung des Angewiesenen nach § 267 auf das Valutaverhältnis *zurechenbar veranlaßt* hat. Hat der Anweisende selbst im Deckungsverhältnis einen Mängelbeseitigungsanspruch, kann er auch die notwendigen Reparaturarbeiten wieder durch den Angewiesenen beim Empfänger vornehmen lassen. Diese Regelung der Mängelbeseitigung aufgrund der Anweisungsleistung läßt sich *einfacher* begründen, ja ist eine Selbstverständlichkeit, wenn man von Zuwendungen des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger ausgeht.

²⁴ Zur Gewährleistung beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter (§ 328) s.u. § 12 IV 3b.

b) Wandelung (§§ 462 ff., 634)

Bei einer mangelhaften Leistung des Angewiesenen an den Empfänger hat grundsätzlich der Anweisende gegen den Angewiesenen im Deckungsverhältnis, der Empfänger gegen den Anweisenden im Valutaverhältnis einen Anspruch auf Wandelung (§§ 459, 462; 633, 634). Für das Wandelungsrecht und die Durchführung der Wandelung gelten im wesentlichen die Vorschriften des Rücktrittsrechts (§§ 467, 634 IV, 346 ff.). Damit sind auch §§ 351, 353, 354 anwendbar, die das Wandelungsrecht des *Anweisenden* ausschließen.²⁵

c) Die Minderung (§§ 462, 634)

Bei der Minderung ist der Kaufpreis oder Werklohn in dem Verhältnis herabzusetzen, in dem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache oder des Werks in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden hätte (§§ 462, 372 I; 644). Damit findet eine Teil-Wandelung statt: Leistungspflicht und Gegenleistungspflicht werden teilweise aufgehoben; ihr Wertverhältnis bleibt erhalten. War die mangelfreie Sache bei Abschluß des Kaufs mehr wert als der Kaufpreis, so hätte der Käufer einen bestimmten Geschäftsgewinn gemacht. Einen Teil davon büßt er durch die Minderung ein. Darum bedeutet es unter Umständen für den *Empfänger* im Valutaverhältnis einen Nachteil, wenn er wegen der mangelhaften Leistung eines Dritten (des Angewiesenen) auf Minderung angewiesen ist. Ebensowenig ist es für den *Angewiesenen* selbstverständlich, daß er durch die Minderung des Anweisenden, wenn er günstig verkauft hatte, einen Teil seines Gewinns verliert, obwohl die Leistung an den Empfänger erfolgte und der Anweisende unter Umständen durch den Minderwert der Sache keinen Schaden erleidet. In der Regel freilich trifft der Sachmangel den Anweisenden mittelbar durch die Gewährleistungsrechte des Empfängers im Valutaverhältnis. Aber auch, wenn im Valutaverhältnis in zulässiger Weise jede Gewährleistung ausgeschlossen ist, muß dieser durch eigene Geschäftstüchtigkeit erworbene Vorteil dem *Anweisenden*, nicht dem Angewiesenen, zugute kommen. Die Ermächtigung zur befreienden Leistung an den Empfänger eröffnet dem Angewiesenen eine Möglichkeit der Erfüllung, an der allein der *Anweisende* ein Interesse hat. Sie soll daher den Angewiesenen genauso stellen wie eine Leistung an den Anweisenden. Deshalb löst die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger im Deckungsverhältnis auch dieselben Gewährleistungsrechte aus. Entsprechendes gilt im Valutaverhältnis: Da der Anweisende die Leistung des Angewiesenen auf das Valutaverhältnis zurechenbar veranlaßt und damit legitimiert hat, muß der Empfänger sich eine durch die Minderung bedingte Interesseneinbuße gefallen lassen. Veranlaßt der Schuldner (Anweisende) eine Drittleistung auf seine Schuld, so braucht der Gläubiger (Empfänger) nicht besser zu stehen, als wenn der Schuldner selbst die Leistung erbracht hätte.

Dieselben Überlegungen sind auch für die *Theorie der Leistungskette* maßgebend. Diese zieht klarer die konstruktiven Konsequenzen aus ihnen. Daß bei der

²⁵ Dazu s. o. IV.

Leistung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden der Angewiesene nicht anders steht als bei einer Leistung an den Anweisenden, der Empfänger nicht anders als bei einer Leistung des Anweisenden, ist dann am besten gewährleistet, wenn die Anweisungsleistung wie eine Leistung (d.h. zweckgerichtete Zuwendung) des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger wirkt (Leistungskette). Auf diese Weise findet im Deckungsverhältnis wie im Valutaverhältnis zwischen den Vertragspartnern ein gegenseitiger Leistungsaustausch statt; die Voraussetzungen der Mängelgewährleistung sind wie im Zweipersonenverhältnis erfüllt.

d) Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§§ 463, 635)

Die Pflicht zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung aufgrund eines Sachmanfels beruht im Fall des § 463 darauf, daß der verkauften Sache eine zugesicherte Eigenschaft bereits zur Zeit des Vertragsschlusses und noch im Zeitpunkt des Gefahrüberganges fehlt (§ 463 S. 1)²⁶ oder der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat (§ 463 S. 2). Der Werkunternehmer hat dem Besteller Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten, wenn der Mangel des Werkes auf einem Umstand beruht, den er zu vertreten hat (§ 635). Dies gilt auch für die mangelhafte *Anweisungsleistung*.

Liegt im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis ein *Stückkauf* vor und fehlt der an den Empfänger gelieferten Sache eine vom *Angewiesenen* zugesicherte Eigenschaft, so haftet dieser dem *Anweisenden* auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 463 S. 1). Daß an einen Dritten (den Empfänger) geleistet wurde, ist nach dem gesetzlichen Tatbestand ohne Bedeutung. Die durch die Zusicherung übernommene Garantie ist nicht auf den Fall der Lieferung an den Käufer (Anweisenden) selbst beschränkt. Der Gefahrübergang, auf den es, wenn die zugesicherte Eigenschaft herstellbar ist, für die Entstehung des Gewährleistungsanspruchs ankommt,²⁷ erfolgt bei Übergabe (§ 446) an den empfangszuständigen Empfänger (§§ 362 II, 185). Wird ein *Werkvertrag* durch Herstellung des Werkes für einen Dritten (den Empfänger) erfüllt und hat der Unternehmer (Angewiesene) einen Mangel zu vertreten (§ 635), so hat er ihn gegenüber dem *Besteller* (Anweisenden) zu vertreten und haftet *ihm* auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Das für den Empfänger erstellte Werk ist Grundlage der Gewährleistung im Deckungsverhältnis, da es vom Angewiesenen zur Erfüllung seiner Leistungspflicht aus dem Deckungsverhältnis bestimmt wurde und aufgrund der Ermächtigung des Anweisenden (§§ 362 II, 185) grundsätzlich zur Erfüllung geeignet ist. Damit ist der Tatbestand des Gewährleistungsanspruchs erfüllt, Leistung an den Besteller (Anweisenden) ist nicht Voraussetzung. Der Schaden, der dem *Anweisenden* nach §§ 463, 635 zu ersetzen ist, muß auch im Fall der Leistung des Angewiesenen an den Empfänger ein *eigener* Schaden sein, der durch die mangelhafte Leistung entstanden ist. Er ergibt sich mittelbar aus

²⁶ Vgl. Larenz SchR II § 41 II c 1 (S. 51) m. Nachw.

²⁷ Vgl. Larenz SchR II § 41 I c (S. 40f.) m. Nachw.

dem Valutaverhältnis, da der Anweisende den Leistungsgegenstand zur Erfüllung seiner Leistungspflicht im Valutaverhältnis bestimmt hat. Dem Anweisenden ist daher vor allem zu ersetzen, was er durch Gewährleistungsrechte des Empfängers im Valutaverhältnis einbüßt: durch Aufwand zur Mängelbeseitigung, durch Kaufpreisminderung, den Minderwert der mangelhaften Sache, wenn er sie bei Wandelung vom Empfänger „zurück erhält“, oder durch eine Schadensersatzforderung des Empfängers.

Im *Valutaverhältnis* haftet der Anweisende dem Empfänger aufgrund seiner eigenen Garantie (§ 463 S. 1) oder wegen einer von ihm begangenen Schutzpflichtverletzung (§ 463 S. 2). Die Kaufsache ist bei Gefahrübergang, d.h. bei der Lieferung an den Empfänger (§ 446), mangelhaft. Der Anweisende kann die Haftung auch nicht deshalb ablehnen, weil ein Dritter (Angewiesener) geleistet habe, denn er hat dessen Leistung zurechenbar veranlaßt (*venire contra factum proprium*, § 242). Bei einem Werkvertrag im Valutaverhältnis hat der Anweisende den Mangel des vom Angewiesenen hergestellten Werkes zu vertreten (§ 635), da er den Angewiesenen, indem er ihn zur Leistung an den Empfänger veranlaßte, zum Erfüllungsgehilfen im Valutaverhältnis gemacht hat und für sein Verschulden nach § 278 eintreten muß. Daß der Angewiesene an den Empfänger eine Eigenleistung erbringt, berührt seine Stellung als Erfüllungsgehilfe nicht, da er auch so mit Willen des Anweisenden bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als Hilfsperson tätig wird.²⁸

Für die *Berechnung des Schadens* gelten die üblichen Grundsätze. Es gibt also einmal den „*kleinen Schadensersatz*“, von dem bisher ausgegangen wurde: Der Käufer oder Besteller behält die mangelhafte Leistung und macht als Schaden den durch den Mangel bedingten Minderwert der Sache oder des Werks, außerdem entgangenen Gewinn oder Mehrkosten eines notwendigen Deckungsgeschäfts geltend. Nach §§ 463, 635 kann jedoch auch der „*große Schadensersatz*“ verlangt werden, d.h. der Käufer kann die mangelhafte Sache, der Besteller das mangelhafte Werk zurückweisen oder zur Verfügung stellen und Ersatz des durch die Nichterfüllung des ganzen Vertrags verursachten Schadens verlangen.²⁹ Diese Art des Schadensersatzes ist im Deckungsverhältnis nur möglich, wenn der Anweisende – etwa durch Wandelung im Valutaverhältnis – den mangelhaften Leistungsgegenstand in der Hand hat und herausgeben kann. Im Valutaverhältnis hingegen steht dem „großen Schadensersatz“ nichts im Wege. Er führt dazu, daß der Anweisende dem Empfänger im Rahmen des Erfüllungsinteresses den vollen Wert der von ihm geschuldeten Leistung ersetzen muß und seinerseits den vom Angewiesenen geleisteten Gegenstand bekommt. Er steht damit nicht schlechter, als wenn im Deckungsverhältnis der Angewiesene an ihn und er selbst im Valutaverhältnis an den Empfänger geleistet hätte. Verlangt der Empfänger im Valutaverhältnis den „großen Schadensersatz“, so bleibt dem Anweisenden in aller Regel der „*Regreß*“ gegen den Angewiesenen durch Gewährleistungsrechte im Deckungsverhältnis.

²⁸ Vgl. BGH 12, 113; 50, 35; 62, 124; Palandt/Heinrichs § 278 Anm. 3 a m. w. N.

²⁹ So h. M. *Zu* § 463: BGH 29, 148; Palandt//Putzo 20 Anm. 4 b, bb. *Zu* § 635: BGH 27, 215; BGH BB 63, 995; Palandt/Thomas Anm. 3 a.

Nach den allgemeinen Grundsätzen ist im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis auch der *Mangelfolgeschaden* zu ersetzen. Als solcher sei hier im Anschluß an *Larenz*³⁰ der Schaden bezeichnet, der dem Käufer oder Besteller eines Werks über das an der Erfüllung des Vertrags bestehende Interesse hinaus an seinen sonstigen Rechtsgütern erwächst. Auf die Anspruchsgrundlage für den Ersatz des Mangelfolgeschadens braucht hier nicht näher eingegangen zu werden.³¹ Tritt beim Empfänger, der allein mit der mangelhaften Leistung in Berührung kommt, ein Mangelfolgeschaden ein, so kann er vom Anweisenden Ersatz verlangen. In diesem Schadensersatzanspruch des Empfängers wegen des Mangelfolgeschadens besteht der Mangelfolgeschaden des Anweisenden. Dessen Ersatz kann der Anweisende im Deckungsverhältnis vom Angewiesenen verlangen. Auch dieser Schaden ist ein echter Mangelfolgeschaden, da er am sonstigen Vermögen des Anweisenden eintritt und eine adäquat kausale Folge der mangelhaften Leistung ist.

Der vorangehende Überblick über den Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei mangelhafter Anweisungsleistung ging mit der h.M. von der *Annahme einer Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger mit doppelter Tilgungsbestimmung auf Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis* aus. Er führte im Ergebnis zu derselben Regelung wie bei einer ausgeführten *Zuwendungskette* vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger. Was Einzelprobleme angeht, kann daher auf Rechtsprechung und Literatur zur *Käuferkette* verwiesen werden.³² Folgt die Regelung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung bei der Anweisungsleistung dem Modell der Leistungskette, so bietet die hier vertretene Auffassung (*Durchgangstheorie*) die beste dogmatische Grundlage dafür. Sie allein vermag im übrigen zu begründen, daß beim „großen Schadensersatz“ der Empfänger die mangelhafte Leistung dem Anweisenden, der Anweisende diese Leistung dem Angewiesenen „zurückgeben“ kann.

VII. Die Gläubigeranfechtung aufgrund der Anweisungsleistung

1. Überblick über Rechtsprechung und Literatur

Sämtliche Tatbestände der *Konkursanfechtung* können durch *mittelbare Zuwendungen* des Gemeinschuldners erfüllt werden.³³ Selten sind mittelbare Zuwendungen im Rahmen des § 30 Nr. 1, 1. Fall.³⁴ Sie haben hingegen erhebliche praktische

³⁰ SchR II § 41 IIc 3 (S. 54), § 48 IIIb 3 (S. 183), § 53 IIb (S. 267f.).

³¹ Vgl. Larenz aaO (m. Nachw.); Palandt/Putzo § 463 Anm. 4a, § 538 Anm. 5b (m. Nachw.).

³² Zur Haftung für Mangel- und Mangelfolgeschäden innerhalb einer *Käuferkette* vgl. OLG Hamm NJW 74, 2091; Staudinger/Ostler § 433 Anm. 97a, § 459 Anm. 90, § 463 Anm. 24, 27; Wolter NJW 75, 622.

³³ Vgl. RG LZ 1914, Sp. 491; Heile, S. 70f., 79f.; siehe auch die folgenden Noten.

³⁴ Vgl. jedoch RG 53, 234; Jaeger/Lent KO § 30 Rn. 32, 34.

Bedeutung im Rahmen des § 30 Nr. 1, 2. Fall und Nr. 2 KO³⁵ und können die Grundlage einer Absichtsanfechtung (§ 31 KO)³⁶ oder Schenkungsanfechtung (§ 32 KO)³⁷ bilden. Mittelbare Zuwendungen des Schuldners vermögen auch die *Einzelanfechtung* zu begründen.³⁸ Dies gilt für die Absichtsanfechtung (§ 3 I Ziff. 1, 2 AnfG)³⁹ wie für die Schenkungsanfechtung (§ 3 I Ziff. 3, 4 AnfG).⁴⁰ In einer Reihe von Fällen hatten die Gerichte über *Anweisungsleistungen* im engeren Sinn, genauer: über die mittelbare Zuwendung des Anweisenden an den Empfänger zu entscheiden.⁴¹ Häufig blieb offen, ob ein Fall der Anweisung oder ein *einfacher Vertrag* zugunsten Dritter vorlag,⁴² da die mittelbare Zuwendung des Versprechensempfängers an den Dritten beim einfachen Vertrag zugunsten Dritter anfechtungsrechtlich ebenso behandelt wird wie die mittelbare Zuwendung des Anweisenden an den Empfänger. Beide gelten als *typische Fälle der mittelbaren Zuwendung*. Auf die Anweisungsleistung ist daher anwendbar, was Rechtsprechung und Literatur allgemein zur mittelbaren Leistung ausgeführt haben.⁴³

2. Die herrschende Meinung zur Anfechtung der Anweisungsleistung

a) Die Anweisung auf Schuld

*Beispiel (1):*⁴⁴

Der spätere Gemeinschuldner kauft ein Grundstück und weist den Verkäufer an, es an seine, des Käufers, Ehefrau aufzulassen. Er zahlt den Kaufpreis und der Verkäufer erklärt die Auflassung zugunsten der Ehefrau, die als Eigentümerin eingetragen wird. Eine Gegenleistung der Ehefrau an den Gemeinschuldner wird weder vereinbart noch erbracht.

Wenn im Verhältnis des Gemeinschuldners zu seiner Ehefrau eine unentgeltliche Zuwendung vorliegt, kommt die Schenkungsanfechtung (§ 32 Ziff. 2 KO) in Betracht. Notwendige Voraussetzung des anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs ist eine *Benachteiligung der Konkursgläubiger*.⁴⁵ Der Anfechtungsanspruch

³⁵ Vgl. BGH 58, 108; RG 48, 148; 81, 144; RG Recht 11 Nr. 2751; Mentzel/Kuhn KO § 30 Rn. 34; Böhle-Stamschräder KO § 30 Anm. 3.

³⁶ RG JW 09, 280 (Nr. 19).

³⁷ Vgl. RG JW 06, 383 (Nr. 10); Mentzel/Kuhn KO § 32 Rn. 14, 16.

³⁸ Zu § 3 AnfG vgl. RG 133, 290; Jaeger AnfG § 1 Rn. 50 (m. Nachw.).

³⁹ Vgl. RG 43, 83; 59, 195.

⁴⁰ Vgl. RG 43, 83.

⁴¹ Vgl. RG JW 1899, 540 (Nr. 27); RG 48, 148; 81, 144; RG JW 1900, 624 (Nr. 9). Zur *Girouberweisung* vgl. BGH 58, 108.

⁴² Vgl. RG 53, 234; 59, 195 (197); 133, 290.

⁴³ Zur *mittelbaren Leistung* vgl. insbes. BGH LM Nr. 3 zu § 37 KO; BGH NJW 62, 2297 (2298); OLG Celle KTS 63, 50 (52f.); Jaeger AnfG § 1 Rn. 50 (m. Nachw.); Böhle-Stamschräder AnfG § 1 Anm. III 6; Jaeger/Lent KO § 30 Rn. 32, § 37 Rn. 8; Mentzel/Kuhn KO § 29 Rn. 18, § 30 Rn. 34, § 32 Rn. 14; Böhle-Stamschräder KO § 30 Anm. 3a.

⁴⁴ Ähnlich RG 43, 83; RG LZ 1909, Sp. 693f. (Nr. 13).

⁴⁵ Vgl. RG 94, 307; RG JW 37, 3241 (Anm. Bley); Böhle-Stamschräder KO § 29 Anm. 12 m. w. N.

hat den ausschließlichen Zweck, die eingetretene Gläubigerbenachteiligung rückgängig zu machen. Zur Konkursmasse ist zurückzugewähren, „was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist“ (§ 7 I AnfG, § 37 I KO). Dies ist im vorliegenden Fall nach den Grundsätzen der h. M. zur Anfechtung mittelbarer Zuwendungen das *Eigentum an dem Grundstück*, nicht der Grundstückswert oder der vom Gemeinschuldner gezahlte Kaufpreis. Zu einem ähnlichen Fall der Einzelanfechtung führt das RG in der *Entscheidung vom 3. 2. 1899*⁴⁶ aus: Das geleistete Grundstück sei zwar niemals Eigentum des Schuldners gewesen, doch habe die Übereignung des Verkäufers auf Anweisung des Schuldners an dessen Frau im Vermögen des Schuldners zum Nachteil seiner Gläubiger eine Verminderung herbeigeführt, die einer Entziehung des Grundstücks *gleichkomme*. Nach dem Kaufvertrag habe das Eigentum an dem Grundstück dem Schuldner zugestanden, die Ehefrau habe es durch die Anweisung des Schuldners und ihre Befolgung seitens des Verkäufers erworben. Damit sei „dem Erfolge nach derselbe Zustand herbeigeführt“ worden, *wie wenn* der Verkäufer das Grundstück seiner Verpflichtung entsprechend an den Schuldner und dieser es an seine Frau übereignet hätte. Diese Argumentation sei auch mit § 7 I AnfG, § 37 I KO zu vereinbaren. Das Gericht räumt ein,⁴⁷ die Ehefrau habe – *sachenrechtlich gesehen* – das Grundstück nicht vom Schuldner erworben, ihre Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung seiner Gläubiger in das Grundstück entspreche also nicht dem *Wortlaut* des § 7 I AnfG. Es sei jedoch anzunehmen, daß das Gesetz mit den verwendeten Worten, „um den Ränken besonders schlauer Schuldner entgegenzutreten“, auch solche Fälle treffen wolle, in denen der Schuldner es verstanden habe, die *rechtlichen* Formen des *wirtschaftlich* Gewollten so zu gestalten, daß Schuldner und Erwerber äußerlich in keine direkten Beziehungen miteinander treten, *materiell* aber das Vermögen des Schuldners zugunsten des Erwerbers vermindert wird.⁴⁸

Die Entscheidung ist richtungsweisend für die spätere Rechtsprechung und Literatur. Es wird h. M., daß, jedenfalls bei der *Anweisung auf Schuld*, das vom Angewiesenen dem Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden (Schuldners) Zugewendete im Sinne der Anfechtungsgesetze aus dem Vermögen des Schuldners (Anweisenden) erworben und Gegenstand des Rückgewähranspruchs ist.⁴⁹ Auch die Begründung dieses Ergebnisses mit einer „*wirtschaftlichen Betrachtung*“ des die Gläubigerbenachteiligung begründenden Vorgangs wird allgemein übernommen.⁵⁰ Hatte der Anweisende (Schuldner) selbst im Deckungsverhältnis einen Anspruch auf das, was aufgrund der Anweisung in das Vermögen des Empfängers (Anfechtungsgeg-

⁴⁶ RG 43, 83 (84f.).

⁴⁷ AaO, S. 85.

⁴⁸ Zustimmend insbes. Stein ZZZ 44 (1914), 435; OLG Celle KTS 63, 50 (52).

⁴⁹ BGH LM Nr. 3 zu § 37 KO; RG 48, 148 (149); 59, 195 (196f.); OLG Celle KTS 63, 50 (52/53); Jaeger/Lent KO § 30 Rn. 32 a.E., § 37 Rn. 8; Böhle-Stamschräder AnfG § 1 Anm. III 6; Jaeger AnfG § 7 Rn. 11, § 9 Rn. 8.

⁵⁰ Vgl. BGH LM Nr. 2 zu § 30 KO; LM Nr. 3 zu § 37 KO; RG 43, 83 (85); 59, 195 (196f.); 69, 44 (47f.); 133, 290 (291f.); OLG Celle KTS 63, 50 (52); KG OLGZ 28, 20 (22f.).

ners) gelangt ist, so habe dieses „wirtschaftlich“ bereits zum Vermögen des Anweisenden (Schuldners) gehört, sei „gleichsam“ bereits ein Bestandteil seines Vermögens gewesen.⁵¹ Der Empfänger erwerbe auch deshalb „auf Kosten“ des Anweisenden, weil dieser Bestandteile seines Vermögens aufwende und das Entgelt durch die Anweisungsleistung in das Vermögen des Empfängers fließen lasse.⁵² Hinzu kommt das Argument, daß durch die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger (Anfechtungsgegner) der Anspruch des Anweisenden (Schuldners) gegen den Angewiesenen auf die Leistung erlischt (§§ 362 II, 185).⁵³ Auch die Analogie zur Leistungskette dient später häufig zur Begründung dafür, daß der Empfänger (Anfechtungsgegner) die Anweisungsleistung „aus dem Vermögen“ des Anweisenden (Schuldners) erwerbe: „Im Ergebnis“ stehe der Empfänger nicht anders, als wenn der Angewiesene an den Anweisenden geleistet und dieser den Leistungsgegenstand an ihn weitergegeben hätte.⁵⁴ Selbst der Hinweis des RG auf die „Ränke besonders schlauer Schuldner“ wird von der späteren Rechtsprechung und Literatur aufgenommen: Die mittelbare Zuwendung und insbesondere die Anweisungsleistung werden im Bereich der Gläubigeranfechtung allgemein als „Zuwendung auf Schleichwegen“⁵⁵ oder als Umgehungsgeschäft⁵⁶ bezeichnet. Das *OLG Celle*⁵⁷ spricht von einem Mißbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten, durch den der gewiegte Schuldner den Gesetzeszweck zunichte machen könnte. In dieselbe Richtung geht ein Vorschlag von *Berges*:⁵⁸ Er sucht die Probleme der mittelbaren Zuwendung für die Gläubigeranfechtung nach dem Modell der strafrechtlichen mittelbaren Täterschaft zu lösen. Die Frage sei, unter welchen Voraussetzungen die Zuwendung der Mittelsperson dem Kreis der Rechtshandlungen des Schuldners zugerechnet werden könne. *Berges* geht von einer „werkzeugartigen Benutzung der Mittelsperson“⁵⁹ aus und sieht den Angewiesenen als „Strohmann“⁶⁰ des Anweisenden. Dem Werkzeug der strafrechtlichen mittelbaren Täterschaft fehle es auch bei weitgehender Kenntnis des von ihm vermittelten deliktischen Tuns am eigenen Täterwillen (*animus auctoris*).⁶¹ Ähnlich sei es bei der mittelbaren Zuwendung. Der Mittler sei lediglich verlängerter Arm des Schuldners: „Seine werkzeugartige Strohmannstellung beruht auf nichts anderem als seinem fehlenden eigenen Bereicherungs willen“.⁶²

⁵¹ BGH LM Nr. 3 zu § 37 KO.

⁵² RG 59, 195 (196f.); RG Recht 11 Nr. 2751; OLG Celle KTS 63, 50 (52).

⁵³ RG 43, 83 (86). S. u. unter 2b.

⁵⁴ RG JW 1900, 624 (Nr. 9); RG 69, 44 (47f.); 133, 290 (291f.); KG OLGZ 28, 20 (22f.); Mentzel/Kuhn KO § 29 Rn. 18; Böhle-Stamschräder KO § 30 Anm. 3.

⁵⁵ Jaeger AnfG § 1 Rn. 50.

⁵⁶ BGH NJW 62, 2297 (2298); OLG Celle KTS 63, 50 (52); Mentzel/Kuhn KO § 29 Rn. 18; Böhle-Stamschräder KO § 30 Anm. 3; Heile, S. 78f.

⁵⁷ AaO.

⁵⁸ KTS 61, 67f.

⁵⁹ AaO (S. 67).

⁶⁰ AaO (insbes. S. 68).

⁶¹ AaO (S. 68 m. Nachw.).

⁶² AaO.

Die Annahme, der Empfänger (Anfechtungsgegner) erwerbe den Gegenstand der Anweisungsleistung im Sinne der Gläubigeranfechtung „aus dem Vermögen“ des Anweisenden (Schuldners), bedeutet eine *extensive Auslegung* des § 7 I AnfG, § 37 I KO. Nimmt man an, daß die Grenzen des möglichen Sinnes der Worte „aus dem Vermögen“ überschritten sind, ist eine *analoge Anwendung* dieser Tatbestände gegeben. Dies wird durch die allgemeine Wertung der mittelbaren Zuwendung als Geschäft zur *Umgehung* der Anfechtungsvorschriften bestätigt. Von einem Umgehungsgeschäft spricht die wohl h. M. dann, wenn ein vom Gesetz mit einer Sanktion belegter Erfolg durch eine Handlung verwirklicht wird, auf die der gesetzliche Tatbestand seinem Wortlaut nach nicht anwendbar ist, die aber gegen den Zweck der Vorschrift verstößt und deshalb im Wege einer extensiven Auslegung oder einer analogen Anwendung in den Geltungsbereich der Norm einzubeziehen ist.⁶³

Nach der h. M.⁶⁴ bilden die *anfechtbare Rechtshandlung* bei der Anweisungsleistung – jedenfalls bei der Anweisung auf Schuld – die Anweisung und die Leistung des Angewiesenen „für Rechnung“ des Anweisenden (Schuldners) „in ihrer Verbundenheit“⁶⁵ oder „als Gesamtvorgang“.⁶⁶ Der Anfechtungstatbestand ist also erst mit der Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger erfüllt.

Bei der Anweisungsleistung unterliegt der Empfänger *nicht* als Rechtsnachfolger (§ 11 AnfG, § 40 KO) des Angewiesenen der Gläubigeranfechtung, auch wenn dieser vom Anweisenden (Schuldner) im Deckungsverhältnis eine Gegenleistung empfangen hat, deren Wert – „wirtschaftlich“ gesehen – in der Leistung des Angewiesenen an den Empfänger enthalten ist. Der Empfänger ist vielmehr Anfechtungsgegner als *Ersterwerber*, als derjenige, dem gegenüber die anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen wurde.⁶⁷

b) Die Anweisungsleistung ohne einen Anspruch des Anweisenden (Schuldners) auf die Leistung

Beispiel (2):

In gescheiterten Vertragsverhandlungen hatte der spätere Gemeinschuldner dem Verkäufer für die Lieferung einer bestimmten Sache an seine Frau 5000,- DM geboten. Der Verkäufer hatte 6000,- DM verlangt, was dem Marktwert der Sache entsprach. Nun entschließt sich der Verkäufer zu einem Kompromiß, dessen Annahme durch den Gemeinschuldner ihm sicher scheint. Er liefert die Sache „für Rechnung“ des späteren Gemeinschuldners an die Ehefrau und verlangt 5500,- DM. Der Gemeinschuldner nimmt das darin liegende Vertragsangebot an und genehmigt die Leistung „für seine Rechnung“.

⁶³ Vgl. Soergel/Hefermehl § 134 Rn. 38 ff., im Anschluß an Teichmann, Gesetzesumgehung, 1962, S. 78 ff.

⁶⁴ BGH WM 74, 570 (571); RG 43, 83 (84/85); RG JW 1900, 540 (Nr. 27); Jaeger AnfG § 1 Rn. 50; Böhle-Stamschräder AnfG § 1 Anm. III 6; Jaeger/Lent KO § 30 Rn. 32.

⁶⁵ BGH aaO; Jaeger AnfG § 1 Rn. 50.

⁶⁶ Jaeger AnfG § 1 Rn. 50; Böhle-Stamschräder aaO; Jaeger/Lent KO § 30 Rn. 32.

⁶⁷ Berges KTS 61, 68; Jaeger/Lent KO § 40 Rn. 8 m. w. N.

Eine *Anweisungsleistung* ist gegeben. Sie ermöglicht bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen die Anfechtung des Konkursverwalters gegen die Ehefrau. Umstritten ist der *Inhalt* des Anfechtungsanspruchs. Es geht darum, ob bei mittelbaren Zuwendungen der Konkursverwalter vom Anfechtungsgegner nur dann Übereignung der Sache (§ 37 I KO), der Gläubiger vom Anfechtungsgegner nur dann Duldung der Zwangsvollstreckung in die Sache (§ 7 I AnfG) verlangen kann, wenn der *Schuldner* (Anweisende) im Deckungsverhältnis gegen den Verkäufer (Angewiesenen) einen *Anspruch auf Übereignung der Sache* hatte. Im vorliegenden Fall eines *Handkaufs* bestand ein solcher Anspruch *nicht*. Vor allem die *Rechtsprechung* des RG machte den Zugriff auf die Sache selbst davon abhängig, daß der Schuldner vom Verkäufer die Übereignung der Sache verlangen konnte.⁶⁸ Demgegenüber betont die *Entscheidung vom 2. 10. 1931*,⁶⁹ wegen der maßgebenden „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ könnten im Sinne der Anfechtungsgesetze einem Dritten (Anfechtungsgegner) Werte aus dem Vermögen des Schuldners mit Hilfe einer Mittelsperson auch dann zugewendet werden, wenn der Schuldner zuvor *keinen* Anspruch auf das dem Dritten Zugewendete hatte. Das Gericht verurteilt den Anfechtungsgegner auch so zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den Gegenstand der mittelbaren Zuwendung (§ 7 I AnfG). Die *heute h. M.* hält *grundsätzlich* daran fest, daß nur dann der Anfechtungsgegner (Empfänger) den Gegenstand der mittelbaren Zuwendung „aus dem Vermögen“ des Schuldners (Anweisenden) erwirbt, der Anfechtungsanspruch daher auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Gegenstand (§ 7 I AnfG) oder Übereignung des Gegenstandes in die Masse (§ 37 I KO) gerichtet ist, wenn dem Anweisenden gegen den Angewiesenen ein Anspruch auf die Leistung zustand. Sie gibt diesen Anfechtungsanspruch *ausnahmsweise* auch ohne einen Leistungsanspruch des Schuldners (Anweisenden), wenn „anders die Zwecke der Gläubigeranfechtung nicht zu erreichen sind“.⁷⁰ Allgemein könne jedoch die Voraussetzung eines auf die Leistung gerichteten Anspruchs des Schuldners *nicht* aufgegeben werden. Der Verzicht auf sie würde eine Abweichung von § 7 I AnfG, § 37 I KO bedeuten, nach denen das aus dem Vermögen des Schuldners Weggegebene und nichts anderes zurückzugewähren sei. Die Folgen wären Rechtsunsicherheit und Unklarheit darüber, worauf der Rückgewähranspruch im Einzelfall gerichtet sei.⁷¹ Danach ist der Anfechtungsanspruch, wenn dem Schuldner kein Anspruch auf die Leistung zustand, in aller Regel nicht auf den Gegenstand der mittelbaren Zuwendung selbst gerichtet, sondern auf den Vermögenswert, der durch die Kaufpreiszahlung des Schuldners (Anweisenden) an den Verkäufer (Angewiesenen) und durch dessen Lieferung in Gestalt der Kaufsache in das Vermögen des Anfechtungsgegners (Empfängers) gelangte. Der Anfechtungsanspruch geht also in dem gegebenen Beispielsfall einerseits auf Wertersatz, nicht auf Übereignung der Kaufsache in

⁶⁸ RG 43, 83 (86); 48, 148 (149f.); RG JW 1900, 624 (Nr. 9).

⁶⁹ RG 133, 290 (292); *dagegen* BGH LM Nr. 3 zu § 37 KO.

⁷⁰ So BGH aaO; vgl. auch OLG Celle KTS 63, 50 (52); Mentzel/Kuhn KO § 29 Rn. 18 a. E., § 30 Rn. 34; Jaeger AnfG § 7 Rn. 11.

⁷¹ So der BGH aaO.

die Masse, andererseits orientiert er sich nicht am Wert der Kaufsache (im Beispiel 6000,- DM), sondern an der Höhe des Kaufpreises (5500,- DM).

Ähnlich liegt der vom BGH im Urteil vom 11. 11. 1954⁷² entschiedene Fall.

Beispiel (3):

Der spätere Gemeinschuldner ermöglichte den Grundstückskauf und darauffolgenden Hausbau seiner Ehefrau durch Zahlungen an den Verkäufer und an Bauhandwerker. Der Vertrag über den Grundstückskauf, den der Gemeinschuldner im eigenen Namen abgeschlossen hatte, war nach § 313 S. 1 BGB formnichtig. Die Auflassung erfolgte „für Rechnung“ des Gemeinschuldners an die Ehefrau. Die Verträge mit den Bauhandwerkern schloß diese selbst.

Das Gericht geht stillschweigend davon aus, daß die Konvaleszenz des Vertrags über den Grundstückskauf nach § 313 S. 2 BGB, den Vertrag nicht rückwirkend in Kraft setzt, also keinen Auflassungsanspruch des Gemeinschuldners zur Entstehung bringt, sondern dem Vertrag die Wirkung eines *Handgeschäfts* gibt, durch das nur ein Recht zum Behalten des bereits übereigneten Grundstücks (causa) begründet wird. Der Wert der Zahlungen, die der Gemeinschuldner aus seinem Vermögen erbrachte, kommt im vorliegenden Fall durch die Übereignung des Grundstücks und den Hausbau, der den Grundstückswert steigert, der Ehefrau (Anfechtungsgegnerin) zugute. Allerdings hat die Ehefrau nach Ansicht des Gerichts nur den Wert dieser Zahlungen, nicht das Eigentum an Haus und Grundstück „auf Kosten“ des Gemeinschuldners erworben, da ihm ein Übereignungsanspruch gegen den Verkäufer und Leistungsansprüche gegen die Bauhandwerker nicht zustanden. Nach § 37 I KO war daher der Wert der vom Gemeinschuldner erbrachten Zahlungen an die Konkursmasse zu erstatten.⁷³

Die Anfechtung wegen der mittelbaren Zuwendung richtet sich in diesen Fällen nicht nur auf einen anderen *Gegenstand*, sondern sie beruht auch auf einer anderen *Rechtshandlung* des Anweisenden (Gemeinschuldners) als bei der Anweisung auf Schuld. *Hier* ist anfechtbare Rechtshandlung der „Gesamtvorgang“ der Leistung des Anweisenden an den Angewiesenen und der Gegenleistung des Angewiesenen an den Empfänger, während nach h. M. bei der *Anweisung auf Schuld* der einheitliche Vorgang der Anweisung und der Leistung des Angewiesenen „für Rechnung“ des Anweisenden die anfechtbare Rechtshandlung bildet. Auch hier richtet sich nach h. M. die Anfechtung gegen den Empfänger als *Ersterwerber* (§§ 3 ff. AnfG, §§ 29 ff. KO), nicht als Rechtsnachfolger des Angewiesenen (§ 11 AnfG, § 40 KO), obwohl die Anfechtung damit begründet wird, daß derselbe Vermögenswert vom Anweisenden an den Angewiesenen, von diesem an den Empfänger weitergegeben wird.

In anderen Fällen, in denen dem Schuldner (Anweisenden) ein Anspruch auf die Leistung fehlt, *entfällt* die Anfechtung gegen den Empfänger der mittelbaren Zuwendung nach h. M. ganz:

⁷² LM Nr. 3 zu § 37 KO.

⁷³ So der BGH aaO; vgl. auch OLG Celle KTS 63, 50 (52); Jaeger/Lent KO § 37 Rn. 8; Böhle-Stamschräder KO § 37 Anm. 2.

Beispiel (4):

Der spätere Gemeinschaftschuldner bittet D um ein Darlehn und dessen Auszahlung an seinen Gläubiger G. D zahlt an G „für Rechnung“ des Gemeinschaftschuldners, nimmt so dessen Vertragsangebot an und bringt den gegen den Gemeinschaftschuldner gerichteten Darlehnsrückzahlungsanspruch zur Entstehung.

Ein Anspruch des Gemeinschaftschuldners auf Auszahlung des Darlehns bestand zu keinem Zeitpunkt. Daher fehlt es nach h. M. an einer Benachteiligung der Gläubiger des Gemeinschaftschuldners.⁷⁴ Aus dem Aktivvermögen des Gemeinschaftschuldners gehe nichts heraus und die Passivmasse werde nicht vermehrt, da lediglich an die Stelle des erfüllten Anspruchs des Gläubigers G ein gleich hoher Anspruch des Darlehnsgebers D getreten sei. G habe also nichts „auf Kosten“ des Gemeinschaftschuldners erworben.

3. Kritik der herrschenden Meinung

a) Die „wirtschaftliche Betrachtung“

Die herrschende Theorie der Anfechtung mittelbarer Zuwendungen hat Schwierigkeiten, ihre weithin überzeugenden Ergebnisse zu begründen. § 7 I AnfG, § 37 I KO setzen einen Erwerb des Anfechtungsgegners durch eine Handlung des Schuldners (Anweisenden) und *aus seinem Vermögen* voraus. Da nach h. M. der Angewiesene dem Empfänger den Gegenstand der mittelbaren Zuwendung aus *seinem* Vermögen zuwendet, muß sich die Anfechtungstheorie, will sie eine Anfechtung der Zuwendung durch die Gläubiger oder den Konkursverwalter des Anweisenden zulassen, vom Vermögens- und Zuwendungsbegriff des allgemeinen Vermögensrechts lösen. Dies ermöglicht der Grundsatz, daß die den Tatbestand und den Inhalt des Anfechtungsanspruchs bestimmenden Vorgänge „mehr unter wirtschaftlichen als formalrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet werden“ müssen.⁷⁵ „Wirtschaftlich“ gesehen erwerbe der Empfänger den Leistungsgegenstand durch eine Handlung des Anweisenden und aus dessen Vermögen. Daher sei der *Leistungsgegenstand selbst* Objekt des Anfechtungsanspruchs. Habe der Angewiesene dem Empfänger z. B. auf Anweisung und „für Rechnung“ des Anweisenden (Schuldners) eine Sache übereignet, so könne der Anfechtungsanspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die Sache (§ 7 I AnfG) oder auf Übereignung der Sache in die Masse (§ 37 I KO) gerichtet sein. Die Begründung dieses Ergebnisses mit einer „wirtschaftlichen“ Betrachtungsweise läßt sich in *mehrere Argumente* gliedern.

aa) *Der Anweisende (Schuldner) hat im Deckungsverhältnis durch seine Gegenleistung an den Angewiesenen Werte aus seinem Vermögen aufgewendet, die in Gestalt der Sache in das Vermögen des Empfängers (Anfechtungsgegners) übergingen.* Daraus ergibt sich freilich nicht, daß der Anweisende die Sache (das Eigentum), sei es auch nur „wirtschaftlich“, in seinem Vermögen hatte und zugunsten des Empfän-

⁷⁴ RG 48, 148 (150f.); Mentzel/Kuhn KO § 30 Rn. 34.

⁷⁵ BGH LM Nr. 3 zu § 37 KO.

gers aufgegeben hat. Ein so begründeter Anfechtungsanspruch kann sich daher nicht auf die Sache richten, sondern allein auf *Wertersatz* für die Leistung des Anweisenden an den Angewiesenen. Ein Anspruch gegen den Empfänger auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die Sache (§ 7 I AnfG) oder Übereignung der Sache in die Konkursmasse (§ 37 I KO) ist ausgeschlossen. Davon geht auch die h. M. aus in den Fällen, in denen dem Anweisenden *kein* Anspruch auf die Leistung des Angewiesenen zusteht. Soll sich die Gläubigerbenachteiligung aus der *Gegenleistung* des Anweisenden im Deckungsverhältnis ergeben, ist bei einer Vorleistung des Angewiesenen noch keine Anfechtung möglich. Dennoch gewährt die h. M., sofern dem Anweisenden (Schuldner) ein *Anspruch* auf die Leistung des Angewiesenen zustand, auch in diesem Fall den Anfechtungsanspruch. Das Argument aus der Gegenleistung des Anweisenden greift demnach nicht in allen Fällen der Anfechtung mittelbarer Zuwendungen ein und ist ungeeignet, den unmittelbaren Zugriff auf den Gegenstand der Anweisungsleistung zu begründen. Nach diesem Argument müßte die Anfechtung gegen den Empfänger auf § 11 AnfG, § 40 KO gestützt werden, da er als „Rechtsnachfolger“ des Angewiesenen erscheint.

bb) *Der Anweisende (Schuldner) setzt durch die Anweisung die Bedingung dafür, daß sein Übereignungsanspruch gegen den Angewiesenen untergeht (§§ 362 II, 185), wenn dieser die Sache dem Empfänger übereignet.* So verschafft der Anweisende durch das Opfer seines Übereignungsanspruchs dem Empfänger das Eigentum. Freilich kommt es nach h. M.⁷⁶ für den Anfechtungsanspruch nicht auf das vom Anfechtungsgegner Erworbene, sondern allein darauf an, was der *Schuldner* aus seinem Vermögen *aufgegeben* hat. Hat der Anweisende (Schuldner) aus seinem Vermögen den Übereignungsanspruch gegen den Angewiesenen aufgegeben und ist dessen Wert in Gestalt der Sache in das Vermögen des Empfängers (Anfechtungsgegners) übergegangen, so wäre der Anfechtungsanspruch wiederum auf *Wertersatz*, freilich für den Übereignungsanspruch, zu richten. Immerhin entspricht der Wert des Übereignungsanspruchs im vorliegenden Fall dem des Eigentums, da der Anspruch vom Angewiesenen erfüllt wurde. Dies allein ist jedoch kein zureichender Grund dafür, vom Wertersatzanspruch zum Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die Sache (§ 7 I AnfG) oder auf Übereignung der Sache in die Konkursmasse (§ 37 I KO) überzugehen. Daß der *Übereignungsanspruch* gegen den Angewiesenen im Vermögen des Anweisenden der dem Sacheigentum des Empfängers entsprechende Gegenstand sein soll, widerspricht dem oben (aa) angeführten Argument: Vorhin hieß es, der Vermögensverlust des Anweisenden bestünde in seiner *Gegenleistung* an den Angewiesenen und *deren* Wert gehe in Gestalt der Sache auf den Empfänger über. Dieser Widerspruch ist indessen nur scheinbar. Bei einer Schenkung des Angewiesenen im Deckungsverhältnis, die auf Veranlassung des Anweisenden durch Leistung an den Empfänger erfüllt wird, opfert der Anweisende allein seinen Anspruch gegen den Angewiesenen, da er eine Gegenleistung nicht zu erbringen hat. In anderen Fällen, in denen dem Anweisenden im Deckungs-

⁷⁶ BGH NJW 70, 46; Jaeger AnfG § 1 Rn. 69, § 7 Rn. 11; Jaeger/Lent KO § 37 Rn. 8; Böhle-Stamschräder KO § 37 Anm. 6.

verhältnis kein Leistungsanspruch gegen den Angewiesenen zusteht,⁷⁷ besteht sein Opfer allein in der Gegenleistung an den Angewiesenen. Im Regelfall, in dem der Anweisende sowohl einen Leistungsanspruch gegen den Angewiesenen verliert als auch an diesen eine Gegenleistung erbringt, ist dennoch *kein* doppeltes Opfer des Anweisenden gegeben, da die beiden Vermögensgegenstände *ein und denselben wirtschaftlichen Wert* darstellen. Das Recht des Anweisenden auf Leistung des Angewiesenen und sein Recht zum Behalten dieser Leistung sind beim gegenseitigen Vertrag dadurch „bedingt“, daß er die geschuldete Gegenleistung erbringt (§§ 320ff. BGB). Der Wert der Gegenleistung des Anweisenden an den Angewiesenen wiederum ist nach h.M. identisch mit dem Wert der Sache, die dieser „für Rechnung“ des Anweisenden dem Empfänger übereignet. Durch diese Leistung wird der Angewiesene einmal von seiner Leistungspflicht gegenüber dem Anweisenden befreit, zum anderen kann er nunmehr die Gegenleistung des Anweisenden fordern und behalten (§§ 320ff. BGB). *Derselbe Vermögenswert geht also nach h.M. unter Wahrung seiner Identität vom Vermögen des Anweisenden durch das Vermögen des Angewiesenen in das des Empfängers über.* Damit kann jedoch allenfalls der Nachweis geführt werden, daß der Empfänger den Wert der ihm übereigneten Sache „aus dem Vermögen“ des Anweisenden erworben hat. Um den Zugriff des Anfechtungsberechtigten auf die Sache selbst zu begründen, muß nachgewiesen werden, daß der Empfänger *diese* (das Eigentum) aus dem Vermögen des Anweisenden erwarb. Auch nach diesem Argument wäre die Anfechtung primär gegen den Angewiesenen, gegen den Empfänger nur als gegen dessen Rechtsnachfolger (§ 11 AnfG, § 40 KO) zu richten.

cc) *In Gestalt des Übereignungsanspruchs gegen den Angewiesenen ist die Sache „gleichsam“ schon Bestandteil des Vermögens des Anweisenden (Schuldners).* Diese Argumentation läuft darauf hinaus, den Unterschied zwischen Übereignungsanspruch, Eigentum als Sachenrecht und Eigentum als Vermögenswert aufzuheben. Dies ist keine „wirtschaftliche“ Betrachtung nach den Begriffen der Wirtschaft oder Wirtschaftswissenschaft, sondern eine juristische Methode, die eine Anwendung der Anfechtungsgesetze auf mittelbare Zuwendungen, insbesondere den direkten Zugriff auf den vom Empfänger erworbenen Gegenstand ermöglichen soll. Da nach § 71 AnfG, § 37 I KO der Anfechtungsanspruch auf Rückgewähr dessen gerichtet ist, was der Schuldner (Anweisende) „aus seinem Vermögen“ aufgegeben hat, setzt eine *direkte* Anwendung dieser Tatbestände auf die Anweisungsleistung voraus, daß *die Sache* (das Eigentum) des Empfängers in irgendeiner Gestalt Bestandteil des Vermögens des Anweisenden (Schuldners) war. Aufgabe der „wirtschaftlichen“ Betrachtung ist es also zu zeigen, daß die durch die mittelbare Zuwendung erworbene Sache (das Eigentum) des Empfängers identisch ist mit dem durch die Übereignung erfüllten Anspruch des Anweisenden gegen den Angewiesenen.

Die Frage, ob die „wirtschaftliche“ Betrachtung dies leisten kann, ist untrennbar von der grundsätzlichen Frage nach ihrer Bedeutung und ihrer Rechtfertigung für

⁷⁷ Dazu s. o. unter 2 b; s. u. unter e bei N. 84 f.

das Anfechtungsrecht. „Materielle“ oder „wirtschaftliche“ Betrachtung heißt absehen von den *Formen* der Vermögensgegenstände und Verfügungsgeschäfte, die Gegenstände auf den in ihnen enthaltenen *Vermögenswert*, die Zuwendung auf eine reine *Wertbewegung* reduzieren. Die Gläubigeranfechtung verwirklicht die *Haftung* der Vermögensgegenstände, d.h. ihre Bestimmung zum Vollstreckungsobjekt und damit zur Verwertung. *Verwerten* wiederum bedeutet: auf dem Markt in Geld umsetzen. Darum ist die Betrachtung der Vermögensgegenstände als Haftungsojekt, eine wertmäßige und „wirtschaftliche“ Betrachtung, ein zulässiges Mittel zu einer extensiven Auslegung der Worte „aus dem Vermögen“ im Tatbestand des § 7 I AnfG, § 37 I KO. In diesem Sinn *kann* man die vom Empfänger erworbene Sache als mit dem erloschenen Übereignungsanspruch des Anweisenden identisch ansehen und davon ausgehen, daß der Empfänger *die Sache* (das Eigentum) „aus dem Vermögen“ des Anweisenden erlangt. *Zwingend ist dies nicht*. Auch Vermögenswerte haben eine eigene Identität, sind definiert durch den Gegenstand, den sie repräsentieren. Ebenso wenig wie aus dem Leistungsanspruch des Anweisenden im Deckungsverhältnis die vom Angewiesenen dem Empfänger übereignete Sache wird, wird aus dem Wert des Anspruchs der Wert der Sache. *Die „wirtschaftliche Betrachtung“ sondert das Anfechtungsrecht vom allgemeinen Vermögensrecht ab*. Sie trennt sogar die *Tatbestandsseite* des Anfechtungsanspruchs, für die sie gilt, von der *Rechtsfolgesseite* (*Inhalt* des Anfechtungsanspruchs), für die notwendig die „formalrechtliche“ Betrachtung maßgebend bleibt.

b) Die Analogie zur Zuwendungskette

Wenn der Anweisende (Schuldner) seinen Übereignungsanspruch gegen den Angewiesenen aufgibt und der Empfänger vom Angewiesenen die Sache erwirbt, so führt dies zu demselben Ergebnis und ist anfechtungsrechtlich ebenso zu bewerten, wie wenn der Angewiesene die Sache dem Anweisenden (Schuldner) übereignet und dieser sie an den Empfänger (Anfechtungsgegner) weiterveräußert. Dies ist freilich nur eine Behauptung, keine Begründung. Warum soll die Anweisungsleistung einer über den Anweisenden führenden Zuwendungskette gleichstehen, obwohl nach h.M. der Angewiesene die Sache *aus seinem Vermögen* dem Empfänger übereignet? Daß Anweisungsleistung und Leistungskette *insoweit* zu demselben Ergebnis führen, als in beiden Fällen der Empfänger Eigentümer der Sache wird, genügt nicht, da es für die Gläubigeranfechtung entscheidend auf die Herkunft des Erwerbs aus dem Vermögen des Anweisenden (Schuldners) ankommt. Es muß auch außer Betracht bleiben, daß die Parteien ebensogut anstelle der Anweisungsleistung eine Zuwendungskette *hätten vollziehen können*. Die Anfechtung kann nur gegen das gerichtet werden, was der Schuldner *wirklich* getan hat.⁷⁸ Daß die Anweisungsleistung einer über den Anweisenden führenden Zuwendungskette gleichsteht, kann die h.M. nur dadurch „begründen“, daß sie die dem widersprechenden „formalrechtlichen“ Strukturen für unmaßgeblich erklärt. Sie bedarf auch hier der „wirtschaftlichen“

⁷⁸ RG 48, 148 (151).

Betrachtung. Der Vergleich mit der Zuwendungskette bedeutet daher für die h. M. kein zusätzliches Argument.⁷⁹

c) Die Analogie zur strafrechtlichen mittelbaren Täterschaft

Nach *Berges*⁸⁰ ist der Angewiesene „Strohmann“, „Werkzeug“, „verlängerter Arm“ des Anweisenden „ohne eigenen Bereicherungswillen“. Daher sei seine Zuwendung an den Empfänger dem *Anweisenden* zuzurechnen, wie für die Handlung des Werkzeugs der strafrechtlichen mittelbaren Täterschaft, dem es am Täterwillen (*animus auctoris*) fehlte, der *Hintermann* verantwortlich ist.⁸¹ Die Analogie zur mittelbaren Täterschaft des Strafrechts ist nur in *den* Fällen diskutierbar, in denen der Angewiesene (Mittler) einen vom Anweisenden (Schuldner) empfangenen Wert, der in seinem Vermögen einen durchlaufenden Posten bildet, an den Empfänger lediglich weitergibt. Auf den *typischen* Fall der *mittelbaren Zuwendung*,⁸² insbesondere die *Anweisungsleistung* trifft dies *nicht* zu. Der Angewiesene (Mittler) erstrebt und erreicht mit der Zuwendung an den Empfänger (Anfechtungsgegner) in aller Regel die Befreiung von einer Verbindlichkeit gegenüber dem Anweisenden (Schuldner) und eine Gegenleistung des Anweisenden, also einen eigenen Vermögensvorteil. Sein „Interesse“ und „Täterwille“ sind daher nicht zu bezweifeln auch, wenn man von seiner formalrechtlichen Stellung als Verfügender absieht und nach „materiellen“ Kriterien urteilt. Der Angewiesene ist – was mit strafrechtlichen Kategorien freilich nicht erfaßt werden kann – zugleich „Täter“ und „Werkzeug“.

d) Die Anfechtung der Gläubiger des Angewiesenen gegen den Anweisenden

Weil die h. M. den Angewiesenen als „Strohmann“ des Anweisenden betrachtet, übersieht sie, daß er bei der Leistung „für Rechnung“ des Anweisenden eigenes Vermögen einsetzt. Da er einen Bestandteil seines Vermögens veräußert, kann auch eine Benachteiligung *seiner* Gläubiger eintreten, die Anweisungsleistung auch durch *sie* anfechtbar sein. Die h. M. hat sich allein *darauf* konzentriert, daß der Empfänger den Zugriffswert des Eigentums *aus dem Vermögen des Anweisenden* erwirbt, um den Gläubigern des Anweisenden den Zugriff auf die Sache zu ermöglichen. Sie müßte jedoch zugleich zeigen, daß die Sache *nicht* aus dem Vermögen des *Angewiesenen* stammt und *dessen* Gläubiger keinen Zugriff haben. Die Annahme, die Sache stamme zugleich aus *beiden* Vermögen und es hänge vom Wettlauf der Gläubiger des Angewiesenen und des Anweisenden ab, welchem Haftungsverband sie endlich zufällt, ist jedenfalls abzulehnen. Nimmt man statt dessen an, daß der Anfechtungsanspruch der Gläubiger oder des Konkursverwalters des *Angewiesenen* sich gegen den *Anweisenden* richtet, so wäre darzutun, daß der Zugriffswert der Sache bei der

⁷⁹ Vgl. jedoch die Theorie *Kupischs* (unten § 9 IV).

⁸⁰ KTS 61, 87f.; s. o. bei N. 58ff.

⁸¹ Zum Täterwillen als Kriterium der mittelbaren Täterschaft vgl. Schönke/Schröder StGB § 25 Rn. 7ff.

⁸² Vgl. die oben in N. 33ff. angeführte Rechtsprechung.

Übereignung an den Empfänger in irgendeiner Form in das Vermögen des Anweisenden übertritt. Er müßte dort identifiziert werden oder sein sonstiger Verbleib wäre zu klären. Mit den Mitteln der herrschenden Anfechtungstheorie ist dieses Problem schwerlich zu lösen. Man kann es auch nicht mit dem Hinweis abtun, daß – soweit ersichtlich – Gerichte noch nie über die Anfechtungsklage eines Gläubigers des Angewiesenen zu entscheiden hatten.⁸³ Solche Anfechtungsfälle mögen selten sein. Doch sind sie möglich und nicht unwahrscheinlich, denn auch auf diesem Wege können anfechtbare Zuwendungen „verschleiert“ werden. In Frage kommen insbesondere Schenkungen an Ehegatten (Anweisende) durch Leistung an Dritte (Empfänger) und Leistungen mit Gläubigerbenachteiligungsabsicht oder Leistungen in der Krise „für Rechnung“ bösgläubiger Anweisender an gutgläubige Empfänger. Daß über einen solchen Fall anscheinend noch niemals entschieden wurde, liegt wohl auch daran, daß die mittelbare Zuwendung zu einseitig vom Anweisenden her gesehen wurde. Jedenfalls aber ist eine Konzeption der Anfechtung im Dreipersonenverhältnis *unvollständig*, wenn sie sich auf das Verhältnis des Anweisenden zum Empfänger beschränkt, und *unrichtig*, wenn es ihr nicht gelingt, die Zuwendungsvorgänge zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden einzubeziehen.

e) Der Inhalt des Anfechtungsanspruchs

Nach h.M. geht der Anfechtungsanspruch, wenn dem Anweisenden gegen den Angewiesenen ein Anspruch auf Übereignung der Sache zustand, auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die Sache (§ 7 I AnfG) oder ihre Übereignung in die Masse (§ 37 I KO). Der Anspruch ist hingegen auf Wertersatz gerichtet, wenn dem Anweisenden ein solcher Anspruch *nicht* zustand, die Anfechtung also auf seine Gegenleistung an den Angewiesenen gestützt wird. Dies gilt selbst dann, wenn der Wert der Gegenleistung den der Sache erreicht oder übertrifft. Die *Begründung* des Anfechtungsanspruchs ist in beiden Fällen dieselbe: Der Zugriffswert der Sache (des Eigentums) befand sich in Gestalt des *Übereignungsanspruchs* oder der *Gegenleistung* im Vermögen des Anweisenden. Als der Angewiesene die Sache an den Empfänger übereignete, ging dieser Wert durch das Vermögen des Angewiesenen auf den Empfänger über. Dann kann es jedoch, gerade für die „wirtschaftliche“ Betrachtung, nicht erheblich sein, ob der Zugriffswert der Sache sich in der einen oder anderen Form im Vermögen des Anweisenden befand. Die h.M. durchbricht somit, indem sie den *Inhalt* des Anfechtungsanspruchs nach der *Rechtsform* differenziert, die der Zugriffswert im Vermögen des Anweisenden (Schuldners) hatte, die „wirtschaftliche“ Betrachtungsweise. Diese ist offenbar weder in Sachstrukturen noch im Zweck der Gläubigeranfechtung zwingend begründet; sie kann suspendiert werden, wo ihre Konsequenzen nicht annehmbar erscheinen. *Die „wirtschaftliche“ Betrachtungsweise ist also selbst nur ein „formales“ Instrument der Dogmatik, über dessen Einsatz nach dahinterliegenden, nicht ausgewiesenen Wertungen entschieden wird.*

⁸³ S.o. N. 82.

das Bestehen oder Nichtbestehen eines Übereignungsanspruchs des Anweisenden ist – abgesehen von Methodenfragen – jedenfalls ein ungeeignetes Kriterium für den Inhalt des Anfechtungsanspruchs. Ob die Parteien im Deckungsverhältnis einen Übereignungsanspruch begründen, hängt in der Regel von Erwägungen ab, die mit den Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung nichts zu tun haben, ist oft vom Zufall bestimmt. Fassen andererseits die Parteien der Anweisungsleistung die Möglichkeit einer Gläubigeranfechtung ins Auge, so können sie das Dreipersonenverhältnis im Rahmen der schuldrechtlichen Gestaltungsfreiheit unschwer so regeln, daß der Anweisende nicht anspruchsberechtigt ist. Beim Handgeschäft im Deckungsverhältnis etwa⁸⁴ wird ein Leistungsanspruch des Anweisenden nicht vereinbart, weil der Angewiesene bei Vertragsschluß sogleich leistet oder schon geleistet hat. Hätte er nur Minuten nach Vertragsschluß geleistet, so wäre der Anweisende für diese Zeitspanne anspruchsberechtigt gewesen und seine Gläubiger hätten unmittelbaren Zugriff auf die Sache. Ähnlich liegt der Fall eines gem. § 313 S. 1 BGB formnichtigen Grundstückskaufs zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden.⁸⁵ Wenn der Vertrag durch die Übereignung des Grundstücks an den Empfänger nach § 313 S. 2 BGB gültig wird, entsteht der im Vertrag vorgesehene Übereignungsanspruch des Anweisenden deshalb nicht, weil bereits „erfüllt“ ist. Der gegen den Empfänger gerichtete Anfechtungsanspruch geht daher auf Wertersatz in Höhe des vom Anweisenden an den Angewiesenen gezahlten Kaufpreises. Anders wäre nach h.M. zu entscheiden, wenn man davon ausginge, daß bei der Konvaleszenz eines Vertrages nach § 313 S. 2 BGB der Übereignungsanspruch zumindest für eine „juristische Sekunde“ entsteht. Den Inhalt des Anfechtungsanspruchs und damit die Stärke des Gläubigerschutzes von solchen Umständen abhängig zu machen, ist *sachfremd*. Die h.M. sieht sich überdies gezwungen, in Ausnahmefällen den Anspruch auf Zwangsvollstreckung in die Sache oder auf ihre Übereignung in die Masse auch ohne einen Übereignungsanspruch des Anweisenden zuzulassen, „wenn anders die mit der Konkursanfechtung verfolgten Zwecke nicht zu erreichen sind“.⁸⁶ Wann eine Ausnahme gemacht wird und nach welchen Kriterien, bleibt offen. Einzelfallrechtsprechung dieser Art verstößt in hohem Maße gegen den Grundsatz der *Rechtssicherheit*.

4. Die eigene Ansicht: Durchgangstheorie

Die Schwierigkeiten der h.M. bei der Begründung der Anfechtung der Gläubiger oder des Konkursverwalters des *Anweisenden* gegen den Empfänger, insbesondere des unmittelbaren Zugriffs auf den Gegenstand der Anweisungsleistung, entfallen, sobald man die Voraussetzung der h.M., daß der *Angewiesene* die Sache dem Empfänger übereignet, aufgibt. Nach der hier vertretenen *Theorie der Leistungskette*⁸⁷

⁸⁴ S.o. Beispiel (2).

⁸⁵ Vgl. oben Beispiel (3); BGH LM Nr. 3 zu § 37 KO.

⁸⁶ BGH aaO.

⁸⁷ S.o. insbes. § 4 II 2.

hat die Anweisungsleistung die Wirkung einer Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger mit Durchgangserwerb des Anweisenden. Sie hat nach dem Willen der Parteien als *abgekürzter Tatbestand* dieselbe Rechtswirkung, wie wenn der Angewiesene dem Anweisenden, dieser dem Empfänger zugewendet hätte (*ausgeführte Zuwendungskette*). Daß die Parteien diese Wirkung der Anweisungsleistung wollen, wurde in den vorangehenden Kapiteln begründet. Diese Auslegung entspricht dem typischen Inhalt ihrer Vorstellungen und ihrem objektiven Leistungsinteresse im Hinblick auf Erfüllung und Rückabwicklung. Sie ermöglicht eine dogmatisch glatte Lösung der Probleme des Dreipersonenverhältnisses auf der dinglichen Ebene der Zuwendung wie im schuldrechtlichen Bereich der Leistung.

Dieser Inhalt der Anweisungsleistung ist für die *Gläubigeranfechtung* jedenfalls dort maßgebend, wo eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht *nicht* besteht, also in den Fällen der besonderen Konkursanfechtung (§ 30 KO) und der Schenkungsanfechtung (§ 3 I Ziff. 3, 4 AnfG; § 32 KO). In den Fällen der Absichtsanfechtung hingegen (§ 3 I Ziff. 1, 2 AnfG; § 31 KO), in denen der Anweisende (Schuldner) mit Kenntnis des Empfängers (Anfechtungsgegners) seine Gläubiger zu benachteiligen sucht, könnte etwas anderes gelten. Ist freilich der *Angewiesene* gutgläubig, so kann er die Anweisung, wie immer sie vom Anweisenden gemeint war, nur als Ermächtigung zur Leistung „für Rechnung“ des Anweisenden verstehen und, leistet er in diesem Sinne an den Empfänger, kommt eine Anweisungsleistung typischen Inhalts zustande. Nur wenn der Angewiesene, aus eigenem Antrieb oder als Komplize des Anweisenden (Schuldners), „für eigene Rechnung“ an den Empfänger leistet, fehlt es an einer Anweisungsleistung mit der Wirkung einer über den Anweisenden führenden Zuwendungskette. Dann wendet der Angewiesene den Leistungsgegenstand unmittelbar dem Empfänger zu. Dasselbe gilt bei der Übereignung von Grundstücken und der Übertragung von Grundstücksrechten, da bei ihnen de lege lata eine Anweisungsleistung mit Durchgangserwerb des (im Grundbuch nicht eingetragenen) Anweisenden nicht möglich ist.⁸⁸ In diesen Fällen bereitet es in der Tat erhebliche Schwierigkeiten, den Anfechtungsanspruch der Gläubiger des Anweisenden gegen den Empfänger und den Zugriff auf den von diesem erworbenen Gegenstand zu begründen.⁸⁹

Hat die Anweisungsleistung die Rechtswirkung einer Zuwendungskette, treten an die Stelle der Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger eine Zuwendung des Angewiesenen an den Anweisenden und eine Zuwendung des Anweisenden an den Empfänger. Das Dreipersonenverhältnis löst sich in eine Kette von Zweipersonenverhältnissen auf. Schon „formalrechtlich“ übereignet der Angewiesene die Sache an den Anweisenden, veräußert der Anweisende sie weiter an den Empfänger. Auf diese Zuwendungen können § 7 I AnfG, § 37 I KO *unmittelbar* angewendet werden. Die „wirtschaftliche Betrachtung“ der Anweisungsleistung, deren Schwächen aufgewiesen wurden, erübrigt sich. Es bedarf für die Anweisungsleistung über-

⁸⁸ S. o. § 4 II 2 d, aa β.

⁸⁹ Siehe jedoch unten § 12 IV 3.

haupt keiner besonderen Theorie der mittelbaren Zuwendung, um die Anfechtung zu begründen.

Die Theorie der Leistungskette ermöglicht nicht nur eine Anfechtung der Gläubiger oder des Konkursverwalters des *Anweisenden* gegen den Empfänger, sondern ebenso die Anfechtung der Gläubiger oder des Konkursverwalters des *Angewiesenen* gegen den Anweisenden und regelt das Verhältnis dieser Anfechtungsansprüche zueinander. Der Anspruch geht in beiden Fällen auf die Sache (Duldung der Zwangsvollstreckung oder Übereignung). Daß der Anweisende die Sache nicht in seinem Vermögen hat, steht einem Anfechtungsanspruch gegen ihn nicht im Wege. Er hat, da eine Rückgewähr in Natur nicht möglich ist, Wertersatz zu leisten.⁹⁰ Da er jedoch so behandelt wird, wie wenn er die Sache erworben und an den Empfänger weiterveräußert hätte, ist bei Gutgläubigkeit des Anweisenden der Zugriff auf seinen Erwerb nur insoweit zulässig, als er noch bereichert ist (§ 7 II AnfG, § 37 II KO). Nach dieser Auffassung der Anweisungsleistung haftet der Empfänger den Gläubigern des Anweisenden *eindeutig* als „Ersterwerber“, nicht als Rechtsnachfolger des Angewiesenen nach § 11 AnfG, § 40 KO.

In den Einzelergebnissen stimmt die hier vertretene Theorie mit der h. M. weitgehend überein. *Abweichungen* ergeben sich jedoch in folgenden Punkten: Der Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger ist nach der Durchgangstheorie der Anweisungsleistung *stets* primär auf die Sache (Duldung der Zwangsvollstreckung oder Übereignung) gerichtet, unabhängig davon, ob dem Anweisenden im Deckungsverhältnis ein Leistungsanspruch gegen den Angewiesenen zustand; denn der Empfänger hat danach die Sache selbst aus dem Vermögen des Anweisenden erworben (§ 7 I AnfG, § 37 I KO). Eine Differenzierung des Anspruchsinhalts nach den schuldrechtlichen Gegebenheiten des Deckungsverhältnisses ist ausgeschlossen.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine Gläubigeranfechtung auch möglich, wenn der Anweisende ein Darlehn aufnimmt und es „für seine Rechnung“ an einen Gläubiger auszahlen läßt.⁹¹ Wirkt die Zahlung des Darlehensgebers (Angewiesenen) an den Gläubiger (Empfänger) „für Rechnung“ des Anweisenden wie eine Auszahlung der Darlehnssumme an den Anweisenden und eine Zahlung des Anweisenden an den Gläubiger (Empfänger), so ist ein Gegenstand der Aktivmasse an den Empfänger veräußert worden, eine Benachteiligung der (übrigen) Gläubiger des Anweisenden gegeben. Die mit dem Durchgangserwerb des Anweisenden angenommene Vermehrung und anschließende Verminderung der Aktivmasse ist *nicht* „fiktiv“; es wird mit der Anfechtung nichts zur Masse gezogen, was den Gläubigern nicht zuvor haftete. Wenn die Parteien wollen, daß die Zahlung des Darlehensgebers (Angewiesenen) an den Gläubiger (Empfänger) wie eine über den Anweisenden laufende Kette von Zahlungen wirkt, so gilt diese Regelung mit *dinglicher* Wirkung.⁹² Die Vermö-

⁹⁰ Zur Frage des Wertersatzes bei Weiterveräußerung des anfechtbar erlangten Gegenstandes vgl. Jaeger AnfG § 7 Rn. 15, 20; Böhle-Stamschräder AnfG § 7 Anm. III 10 a; Jaeger/Lent KO § 37 Rn. 15, 17; Böhle-Stamschräder KO § 37 Anm. 6; jeweils m. Nachw.

⁹¹ Anders die h. M.; s. o. bei N. 74.

⁹² S. o. I und § 4 II 2.

gensverfügungen der Parteien sind die maßgebende Grundlage auch für die Gläubigeranfechtung. Es genügt als Voraussetzung der Anfechtung, daß sich der Gegenstand der anfechtbaren Rechtshandlung für eine „juristische Sekunde“ im Vermögen des Anweisenden befand. Gegen die Anfechtung der Darlehnszahlung an den Empfänger ist nur *der Einwand* möglich, die Beteiligten hätten eine *Anweisungsleistung* im Sinne eines Durchgangserwerbs des Anweisenden, etwa wegen ihrer anfechtungsrechtlichen Folgen, *nicht gewollt*. Aber dies trifft, wie oben ausgeführt, in aller Regel *nicht* zu: Wenn der Anweisende den Angewiesenen zur Leistung „für seine Rechnung“ ermächtigt und der Angewiesene an den Empfänger in diesem Sinn leistet, tritt die typische Anweisungswirkung ein. Gewiß bleibt die Möglichkeit, daß der Anweisende (Schuldner) den Angewiesenen zur Leistung an den Empfänger veranlaßt, ohne ihn zur Leistung „für seine Rechnung“ zu ermächtigen, der Angewiesene an den Empfänger „für eigene Rechnung“ leistet. Voraussetzung ist jedoch, daß der *Angewiesene* die Weisung des Anweisenden nach den ihm bekannten Umständen in diesem Sinn verstehen muß. „Im Zweifel“ hat die Erklärung des Anweisenden die Bedeutung einer echten Anweisung (vgl. § 783). Der *Empfänger* wiederum hat die Leistung des Angewiesenen „im Zweifel“ als echte Anweisungsleistung zu verstehen. Ist jedoch eine Eigenleistung des Angewiesenen gegeben, so sind – mag sie auch vom Anweisenden veranlaßt sein – die Regeln für die Anweisungsleistung im eigentlichen Sinn *nicht* anwendbar. Solche Fälle der „Anweisungsleistung“ werden, soweit ersichtlich, nur dort angenommen, wo im Deckungsverhältnis ein *berechtigender Vertrag zugunsten Dritter* vorliegt.⁹³

Eine Gläubigerbenachteiligung ist nach der Theorie der Leistungskette endlich auch in dem Fall anzunehmen, daß der Anweisende ein ihm angebotenes Geldgeschenk annimmt, aber an einen Dritten (Empfänger) auszahlen läßt. Zahlt der Schenker (Angewiesene) an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden, so erwirbt der Empfänger aus dem Vermögen des Anweisenden (Durchgangserwerb). Ein *Erwerbsverzicht* des Anweisenden, der keine Gläubigerbenachteiligung verursacht und daher nicht Grundlage der Gläubigeranfechtung sein kann,⁹⁴ liegt *nicht* vor. Der Anweisende nimmt die Schenkung nicht nur schuldrechtlich an, sondern er will auch (typischerweise), daß der Schenker „für seine Rechnung“ leistet. Grund dafür sind Erfüllungs- und Rückabwicklungsinteressen des Anweisenden im *Valutaverhältnis*. Diese Gründe sind unabhängig davon, ob der Anweisende im *Dekungsverhältnis* eine Gegenleistung schuldet. Daher ist auch die auf einem Durchgangserwerb des Anweisenden beruhende Gläubigeranfechtung gegen den Empfänger von einer Gegenleistung des Anweisenden an den Angewiesenen unabhängig.

⁹³ Dazu s. u. § 12 IV 3 c, aa.

⁹⁴ H. M.; vgl. Jaeger/Lent KO § 32 Rn. 11; Mentzel/Kuhn § 32 Rn. 15.

§ 8: Die angenommene Anweisung

I. Die Verpflichtung des Angewiesenen aus der Annahme

Durch die Annahme verpflichtet sich der Angewiesene dem Empfänger zu derselben Leistung, die Gegenstand des Deckungsverhältnisses und der Anweisung ist (§ 784 I). Die Annahme ist ein abstraktes Schuldversprechen des Angewiesenen.¹ Sie begründet ein gegenüber dem Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis selbständiges Schuldverhältnis zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger.² Einwendungen wegen Mängeln der beiden Kausalverhältnisse kann der Angewiesene nur geltend machen, „wenn und soweit sie aus dem Inhalt der Anweisung oder der Annahmeerklärung hervorgehen“³ oder eine direkte Einwendung im Verhältnis des Angewiesenen zum Empfänger begründen (§ 784 I). Der Angewiesene kann demnach bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses grundsätzlich die Leistung nicht mit der Bereicherungseinrede (§ 821)⁴ verweigern oder sich auf ein Fehlen der Geschäftsgrundlage berufen.⁵ Die Verpflichtung aus § 784 I ist damit „noch in höherem Maße abstrakt“ als ein Schuldversprechen nach §§ 780 ff.⁶ Sie ist nach überwiegender Meinung sogar vom Bestehen der Anweisung unabhängig.⁷

Die Akzeptforderung ist ein Schuldverhältnis: Sie entspringt einem abstrakten Schuldversprechen (§ 784 I) und ist ihrem Inhalt nach ein Anspruch (§ 194 I).⁸ Sie unterliegt den allgemeinen Vorschriften über die Erfüllung.⁹ Daher ist anzunehmen, daß der Angewiesene mit Tilgungsbestimmung auf das Akzept leistet und die erfüllte Akzeptforderung nach § 362 I erlischt.¹⁰

Der angenommenen Anweisung wird die *Giroüberweisung* gleichgestellt, wenn der Empfänger zu der Empfangsbank einen Girovertrag hat, kraft dessen sie verpflichtet ist, ihm bei Eingang von Anweisungen und Deckung Gutschrift zu erteilen.¹¹

¹ Mot. II, 560; Oertmann BGB § 784 Anm. 4; Staudinger/W. Müller § 784 Rn. 3; RGRK (Kuhn) § 784 Anm. 1; Krefß SchR II § 31 III (S. 295); Riehl, Anweisung S. 39f.

² Mot. aaO.

³ Mot. II, 561.

⁴ Vgl. insbes. RGRK (Kuhn) § 784 Anm. 7.

⁵ Canaris JuS 71, 448 und Festschr. f. Larenz, S. 806.

⁶ v. Tuhr JhJ 48 (1905), 50.

⁷ RGRK (Kuhn) § 784 Anm. 1; Leonhard SchR II § 187 (S. 372); Enneccerus/Lehmann SchR § 204 I 2a (S. 832); Lent, Anweisung, S. 71. *Dagegen* Heck SchR § 132, 1a (S. 397).

⁸ Vgl. § 784 I: „zur Leistung verpflichtet“; Mot. II, 560f.; siehe auch N. 10.

⁹ Mot. II, 561; Staudinger/W. Müller § 784 Rn. 7; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 805.

¹⁰ Eine Leistung auf das Akzept nehmen insbes. an: Erman/H. P. Westermann § 812 Rn. 23; Larenz SchR II § 68 III f (S. 486f.); Koppensteiner/Kramer, S. 45; Gerhardt, Gläubigeranfechtung, S. 200; Kupisch, S. 82f.; Lorenz JuS 68, 444 und AcP 168 (1968), 291; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 806f.; Stathopoulos, Festschr. f. Sontis, S. 210.

¹¹ Larenz SchR II § 68 III b (S. 486 N. 2); Koppensteiner/Kramer, S. 45; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 805f.

II. Die Einräumung der Akzeptforderung als Leistung

1. Die Kondiktion der Akzeptforderung

Die Annahme der Anweisung und Begründung der Akzeptforderung des Empfängers erfolgt im Hinblick auf das Deckungsverhältnis, auch wenn der Angewiesene sie dem Anweisenden nicht schuldete. Zur Annahme der Anweisung ist der Angewiesene dem Anweisenden nicht schon deshalb verpflichtet, weil er die Leistung schuldet (§ 787 II). Doch kann sich der Angewiesene dem Anweisenden mündlich oder schriftlich zur Annahme verpflichten.¹²

Die Einräumung einer Forderung durch Neubegründung bedeutet stets eine Zuwendung aus dem Vermögen dessen, der sich verpflichtet, da aus seinem Vermögen geleistet werden soll und sein Vermögen für die Forderung haftet.¹³ Fraglich kann beim Akzept nur sein, ob der Angewiesene dem Empfänger die Forderung unmittelbar einräumt oder mit Durchgangserwerb des Anweisenden, ob also der Angewiesene die Forderung „für eigene Rechnung“ oder „für Rechnung“ des Anweisenden begründet. Im letzteren Fall bewirkt das Akzept nach der hier vertretenen Theorie eine *Zuwendungskette*: Die Akzeptforderung wird für den Anweisenden begründet; von ihm geht sie nach einer „juristischen Sekunde“ auf den Empfänger über, wie wenn der Anweisende sie ihm abgetreten hätte. Die Folge ist, daß bei einem Mangel des *Valutaverhältnisses* der Anweisende die Forderung vom Empfänger kondizieren kann.¹⁴ Mit der Leistungspflicht des Anweisenden gegenüber dem Empfänger im Valutaverhältnis entfällt der Sicherungszweck, dem die Zuwendung der Akzeptforderung „erfüllungshalber“ diene, und damit die causa der Zuwendung. Falls der Empfänger bereits gegengeleistet hat, findet nun im Valutaverhältnis eine gegenseitige Rückabwicklung statt. Nach der „Rückabtretung“ der Akzeptforderung hat der Anweisende zwei Forderungen gegen den Angewiesenen, die ursprüngliche aus dem Deckungsverhältnis und die Akzeptforderung. Diese verstärkt seine Rechtsposition erheblich, da sie in ihrem Bestand vom Deckungsverhältnis unabhängig ist. Daß der Aussteller (Anweisende) ein Akzept durch Rechtsgeschäft erwirbt und die Rechte aus ihm gegen den Bezogenen (Angewiesenen) geltend macht, ist z. B. beim Wechsel nichts Ungewöhnliches. Das Akzept dient nicht nur der Sicherung des Empfängers im Valutaverhältnis, sondern bei einem Mangel des Valutaverhältnisses nach seiner Übertragung auf den Anweisenden auch dessen Sicherung im Deckungsverhältnis. Für den Angewiesenen ist es unerheblich, ob der Empfänger oder der Anweisende die Akzeptforderung geltend macht. Der Mangel des Valutaverhältnisses ist für ihn zufällig, kann ihn nicht von der Akzeptverpflichtung befreien. Überdies war das Akzept nach der Vorstellung der Parteien von

¹² Oertmann BGB § 784 Anm. 1 b; RGRK (Kuhn) § 784 Anm. 1; Palandt/Thomas § 784 Anm. 1 b.

¹³ Larenz SchR II § 47 I (S. 157).

¹⁴ So auch Esser SchR II § 102 I 1 a (S. 346).

Anfang an eine Zuwendung an den Anweisenden; denn ihm schuldete der Angewiesene im Deckungsverhältnis die Leistung. Bereits das Akzept erfolgt also „für Rechnung“ des Anweisenden, ist eine Anweisungsleistung („erfüllungshalber“). Bei einem Mangel des *Deckungsverhältnisses*, den der Angewiesene gem. § 784 I gegen die Akzeptforderung des Empfängers nicht einwenden kann, kondiziert daher der Angewiesene das Akzept vom Anweisenden.¹⁵ Der Anweisende kann die Forderung jedoch nicht „in Natur“ – durch Erlaß, Verzicht (§ 397 I) oder negatives Schuldanerkenntnis (§ 397 II) – herausgeben, da die Forderung aus seinem Vermögen auf den Empfänger übergegangen ist. Deshalb nimmt die Leistungskondition hier die Form eines Befreiungsanspruchs an:¹⁶ Der Anweisende ist verpflichtet, den Angewiesenen von der Akzeptforderung des Empfängers freizustellen.

2. Sonstige Folgen der Zuwendung der Akzeptforderung

Ist der Angewiesene dem Anweisenden zur Annahme verpflichtet, so erfüllt er diese Leistungspflicht durch Bestellung der Akzeptforderung „für Rechnung“ des Anweisenden. Bei Rücktritt im Deckungsverhältnis oder Valutaverhältnis ist die Akzeptforderung wie bei der Leistungskondition innerhalb des Kausalverhältnisses, in dem der Rücktritt erfolgte, zurückzugewähren (§§ 346 ff.). Die Gläubiger oder der Konkursverwalter des Anweisenden können die Zuwendung der Akzeptforderung an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden gegenüber dem Empfänger anfechten (§§ 3 f. AnfG, §§ 30 ff. KO). Der Konkursverwalter des Angewiesenen kann wegen der Erhöhung der Passivmasse durch die Akzeptforderung ein Anfechtungsrecht gegen den Anweisenden haben (§§ 30 ff. KO).¹⁷

III. Die erbrachte Anweisungsleistung

1. Die Kondition der Anweisungsleistung

a) Die herrschende Meinung

Die h.M. geht davon aus, daß die Kondition der Leistung bei angenommener Anweisung wie bei nicht angenommener Anweisung erfolgt.¹⁸ Die Begründung dieses Ergebnisses und seine rechtliche Konstruktion bereiten indessen Schwierigkeiten. Durch die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger erledigen sich *drei Schuldverhältnisse*: Die Forderung des Anweisenden gegen den Angewiesenen im Deckungsverhältnis (Anweisung auf Schuld), die Forderung des Empfängers

¹⁵ Ebenso im Ergebnis Köter AcP 153 (1954), 222 N. 108; Esser SchR II § 102 I 1 a (S. 346).

¹⁶ Köter, Esser aaO.

¹⁷ Zur Anfechtung wegen der Forderungsverleihung beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter s. u. § 12 III 5.

¹⁸ Larenz SchR II § 68 III f (S. 486 f.); Medicus Rn. 679; Koppensteiner/Kramer, S. 45 f.; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 806.

gegen den Anweisenden im Valutaverhältnis und die Akzeptforderung. Sie alle erlöschen durch *Erfüllung*: Setzt man mit der h. M. eine dingliche Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger voraus, so erlischt die Akzeptforderung nach § 362 I, die Forderung des Empfängers im Valutaverhältnis durch Drittleistung nach §§ 267, 362 I, die Forderung des Anweisenden im Deckungsverhältnis nach §§ 362 II, 185. Die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger trägt danach drei Tilgungsbestimmungen:¹⁹ auf das Deckungsverhältnis, das Valutaverhältnis und die Akzeptforderung. Dies ist möglich, da alle drei Schuldverhältnisse auf dieselbe Leistung gerichtet sind (Identität des Leistungsinhalts). Daraus wird verschiedentlich die Konsequenz gezogen, daß durch die *eine* Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger auch im Sinne der §§ 812 ff. nach *drei* Seiten geleistet wird.²⁰ Die weitere Folge wäre eine dreifache Leistungskondition: des Angewiesenen alternativ gegen den Anweisenden oder den Empfänger und des Anweisenden gegen den Empfänger.²¹ Die h. M. geht indessen davon aus, daß die für die Kondition innerhalb der Kausalverhältnisse maßgebenden Wertungen auch für die angenommene Anweisung gelten. Sie versucht daher zu zeigen, daß der für das Erfüllungsstadium geschaffene Rechtsbehelf des Akzepts nicht zu einer Durchgriffskondition zwingt. Dies erfordert den Nachweis, daß entweder der Angewiesene an den Empfänger im Sinne der §§ 812 ff. keine Leistung erbringt oder daß diese Leistung nicht kondizierbar ist.

*Esser*²² begründet den Ausschluß der Durchgriffskondition damit, daß zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger trotz der sich aus § 784 I ergebenden Verpflichtung kein Schuldverhältnis besteht, das den Erwerb des Empfängers rechtfertigen könnte. Er will damit jedoch wohl der Akzeptforderung nicht schlechthin den Charakter eines Schuldverhältnisses, sondern nur die Funktion des Kausalverhältnisses absprechen.²³ Diese Annahme wäre zu begründen.

*Medicus*²⁴ geht davon aus, daß der Angewiesene bei der angenommenen Anweisung an den Anweisenden (Deckungsverhältnis) und den Empfänger (Akzeptschuld) leistet. Konditionsschuldner sei jedoch in der Regel allein der Anweisende. Denn die Annahme sollte die Rechtsstellung des Empfängers *verstärken*, ihm einen eigenen Anspruch gegen den Angewiesenen verschaffen. Sie dürfe seine Stellung nicht bei der Bereicherungsabwicklung verschlechtern. Der Empfänger brauchte also auch nach der Annahme nur mit dem Anweisenden abzurechnen und nicht mit dem Angewiesenen, dem er seine Einreden aus dem Verhältnis zum Anweisenden nicht

¹⁹ Für eine Tilgungsbestimmung auf das Deckungsverhältnis und die Akzeptschuld: Medicus Rn. 679; Koppensteiner/Kramer, S. 45; Kötter AcP 153 (1954), 221 f.; Canaris BB 72, 775 und Festschr. f. Larenz, S. 805.

²⁰ Erman/H. P. Westermann § 812 Rn. 33; Larenz SchR II § 68 III f (S. 486 f.); Koppensteiner/Kramer, S. 45 f.; Lorenz AcP 168 (1968), 291 und JuS 68, 444.

²¹ Gegen die Kombination der Leistungskondition innerhalb der Kausalverhältnisse mit der Durchgriffskondition vgl. insbes. unten § 12 IV 2b, aa und cc, β.

²² SchR II § 102 I 1 a (S. 345).

²³ S. u. § 12 IV 2b, cc α.

²⁴ Rn. 679.

entgegenhalten könnte. Diesem Ergebnis und der zugrunde liegenden Wertung ist zuzustimmen. Der Fall der angenommenen Anweisung wird so freilich nicht in die allgemeine Bereicherungstheorie eingeordnet.

Auch *Larenz*²⁵ nimmt an, daß der Angewiesene bei angenommener Anweisung auf die Akzeptforderung leistet, deshalb an sich bei mangelfreiem Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis, aber nichtiger Annahme ohne rechtlichen Grund geleistet hat und die Leistung vom Empfänger kondizieren könnte. Dieses Ergebnis sei freilich ungereimt, denn dann stünde der Empfänger aufgrund der – fehlgeschlagenen – Annahme schlechter als bei einer nicht angenommenen Anweisung. Mit der Annahme der Anweisung verfolgten die Beteiligten den Zweck, die Rechtsposition des Empfängers zu verbessern. Die lediglich sichernde und bestärkende Funktion der Annahme würde in ihr Gegenteil verkehrt, wollte man dem Angewiesenen die Durchgriffskondiktion gegen den Empfänger zubilligen. Dieses wertungsmäßig gesicherte Ergebnis²⁶ sucht *Larenz* dogmatisch einzuordnen. Habe der Angewiesene auch eine eigene Schuld erfüllen wollen, insofern an den Empfänger eine eigene Leistung erbracht, so sei er doch zugleich als Leistungsmittler des Anweisenden aufgetreten. Als eine Leistung des Anweisenden, die er für diesen dem Empfänger erbracht hat, müsse der Angewiesene seine Zahlung auch dann gelten lassen, wenn er gleichzeitig mit ihr seine eigene Verpflichtung aus der Annahme erfüllen wollte. Die Verpflichtung des Angewiesenen aus der Annahme sei durch ihre Zweckbestimmung seiner Rolle als Angewiesener und Leistungsmittler des Anweisenden nachgeordnet.²⁷ Daher sei dem Angewiesenen die Kondiktion wegen der fehlgeschlagenen Annahme zu versagen. Gegen diese dogmatische Konstruktion bestehen jedoch *Einwände*: Der Angewiesene kann nicht zugleich Leistender und Leistungsmittler des Anweisenden sein, denn die Rechtsstellung des Leistenden gilt absolut, nicht nur für das Deckungsverhältnis oder Valutaverhältnis. Problematisch erscheint auch die Annahme einer Rangordnung der Schuldverhältnisse. Die Voraussetzung, der Bezug der Leistung des Angewiesenen auf das Akzept sei zwar Grundlage der Erfüllung der Akzeptforderung, verschaffe aber dem Empfänger keine *causa*, leugnet die Einheit der Leistung und des Leistungsbegriffs für Erfüllung und Leistungskondiktion²⁸ und ist daher abzulehnen.

*Koppensteiner/Kramer*²⁹ suchen die Diskrepanz zwischen den Konsequenzen des Leistungsbegriffs der h. M. und dem wertungsmäßig feststehenden Ergebnis, daß die Leistungskondiktion bei der angenommenen Anweisung wie bei der nicht angenommenen Anweisung zu erfolgen hat, durch den Hinweis zu rechtfertigen, der bereicherungsrechtliche Leistungsbegriff beanspruche keine Deckung mit dem des § 241. Der Angewiesene verfolge mit der Leistung an den Empfänger keinen eigenen

²⁵ SchR II § 68 III f (S. 486 f.).

²⁶ Medicus aaO; Koppensteiner/Kramer, S. 45; U. Meyer, S. 282; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 806.

²⁷ Ähnlich Stathopoulos, Festschr. f. Sontis, S. 210.

²⁸ Dazu ausführlich oben § 2 II 1, 2, 6.

²⁹ S. 45 f.

Leistungszweck im Sinne des Bereicherungsrechts. Mit den der h.M. geläufigen Unterscheidungen: eigener Zweck – fremder Zweck, Leistungszweck im Sinne des § 241 – Leistungszweck im Sinne der §§ 812 ff., ist die Leistung des Akzeptanten indessen nicht zu erfassen. Wer eine eigene Schuld erfüllt, verfolgt einen eigenen Leistungszweck, erbringt eine Leistung im Sinne des § 241, des § 362 und der §§ 812 ff.³⁰

Kötter³¹ und v. Caemmerer³² wollen eine Kondiktion des Angewiesenen (Annehmenden) gegen den Empfänger bei unwirksamem Akzept dann geben, wenn der Angewiesene bei der Leistung zu erkennen gegeben hat, „daß er lediglich im Hinblick auf sein Akzept und also überhaupt nicht für Rechnung des Anweisenden zahle“. ³³ Dann stehe es der Kondiktion des vermeintlichen Akzeptverpflichteten nicht entgegen, wenn Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis intakt seien, denn für die Akzepteinlösung sei eine ausschließliche Zwecksetzung zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger erfolgt. Kötters und v. Caemmerers Lehre ist konsequent in dem Fall, daß der Angewiesene ausschließlich auf das Akzept und ausdrücklich „für eigene Rechnung“ leistet. Für den Normalfall, in dem die Akzeptverpflichtung durch eine „Anweisungsleistung“, d.h. eine Leistung „für Rechnung“ des Anweisenden mit Tilgungsbestimmung auf Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis, erfüllt wird, bietet sie keine Lösung.

Pinger³⁴ unterscheidet am Leistungsanspruch zwei Elemente, die Güterzuweisung hinsichtlich des Leistungsgegenstandes (causa) und das in § 241 bezeichnete Recht, vom Schuldner ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Er nennt das erste Element Forderung, das zweite Anspruch. Beide seien in der Regel vereinigt, könnten aber auch getrennt auftreten. So sei die Naturalobligation eine Forderung ohne Anspruch. Das Recht des Empfängers gegenüber dem Angewiesenen aus dem Akzept hingegen sei ein Anspruch ohne Forderung, ein zusätzliches Mittel zur Durchsetzung der Forderung (causa) gegenüber dem Anweisenden im Valutaverhältnis. Da demnach der Angewiesene, wenn er mit Tilgungsbestimmung auf die Akzeptschuld leiste, keinen Bezug zu einer causa (Güterzuweisung) herstelle, sei das Bestehen der Akzeptschuld ohne Bedeutung für die Kondiktion der Leistung. Pinger nimmt mit der Teilung in Anspruch und Forderung einen Eingriff in das Schuldverhältnis von nicht abzusehender Tragweite vor. Für die Kondiktion der Leistung des Angewiesenen bei angenommener Anweisung versucht er damit zu zeigen, daß der Angewiesene an den Empfänger (auch) zur Tilgung seiner Schuld aus dem Akzept leistet, ohne deshalb bei Nichtbestehen der Schuld vom Empfänger kondizieren zu können. Pinger stützt dieses Ergebnis auf ein weiteres Argument,³⁵ das weiterführt zu den Konstruktionen der Kritiker der h. M. und zur Durchgangstheorie. Die reale

³⁰ Zur Einheitlichkeit des Leistungsbegriffs s. o. § 2 II 6.

³¹ AcP 153 (1954), 222; ihm folgend Gerhardt, Gläubigeranfechtung, S. 200f.

³² JZ 62, 388.

³³ Kötter aaO.

³⁴ AcP 179 (1979), 320ff. m. Nachw.

³⁵ AaO, S. 322. Dazu s. u. § 9 V.

Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger werde bei wirksamer Anweisung dem Anweisenden im Deckungsverhältnis als Leistungsempfang, im Valutaverhältnis als Leistung zugerechnet. Es fehle daher im Verhältnis des Angewiesenen zum Empfänger bereicherungsrechtlich an einer Vermögensverschiebung und damit an einem „erlangten Etwas“.

b) Die Kritiker der herrschenden Meinung

Das Versagen der herrschenden Bereicherungstheorie im Fall der angenommenen Anweisung ist eines der Argumente, die *Canaris*³⁶ zu ihrer Kritik anführt. Er selbst gründet die Kondiktion der Anweisungsleistung auf das Abstraktionsprinzip und eine von den Parteien in Kraft gesetzte „Risikoordnung“.³⁷ Diese soll durch die Anweisung, das Ausführungsgeschäft des Angewiesenen und die Annahme der Anweisungsleistung seitens des Empfängers zustande kommen. Der Inhalt der „Risikoordnung“ wird von den Rückabwicklungsinteressen der Parteien bestimmt, die eine Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse fordern. Da die Annahme der Anweisung diese Interessen nicht berührt, ist *nicht* anzunehmen, daß die Parteien durch die Leistung zugleich auf die Akzeptforderung die Abwicklungsrisiken anders ordnen wollen. *Canaris'* Bereicherungslehre – freilich nicht sie allein – vermag damit den Fall der angenommenen Anweisung zu integrieren.

Auch für *Kupisch*³⁸ bedeutet die Annahme der Anweisung keine dogmatische Schwierigkeit: Sie laufe der allseits angestrebten Richtung des Bereicherungsausgleichs auf eine Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse nicht zuwider, stabilisiere im Gegenteil die Voraussetzungen der Kondiktion im Dreieck. Nach *Kupisch* findet bei der Anweisung stets nur eine einzige Leistung, des Angewiesenen an den Empfänger, statt, die jedoch aufgrund der Anweisung und ihres Vollzugs „für Rechnung“ des Anweisenden eine analoge Anwendung der Bereicherungsvorschriften im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis rechtfertigt, wie wenn der Angewiesene an den Anweisenden, der Anweisende an den Empfänger geleistet hätte.³⁹ Da die Annahme den Angewiesenen zur Leistung an den Empfänger verpflichtet (§ 784 I) und den Widerruf der Anweisung ausschließt (§ 790 S. 1), stärke sie die Basis der Analogie. Mehr sei zur Frage nicht zu sagen. Daß der Angewiesene bei der angenommenen Anweisung eine Leistung, keine bloße Zuwendung, an den Empfänger erbringt, ist für *Kupisch* nicht bemerkenswert, denn nach ihm ist jede Anweisungsleistung eine Leistung des Angewiesenen an den Empfänger. Daß der Angewiesene nunmehr eine Schuld gegenüber dem Empfänger erfüllt, müßte jedoch insofern zu denken geben, als es eine Änderung des Sachverhalts und damit der Analogiebasis gegenüber der nicht angenommenen Anweisung bedeutet. Die

³⁶ Festschr. f. Larenz, S. 805 ff.

³⁷ Festschr. f. Larenz, S. 814 ff. Dazu vgl. insbes. § 4 II 1 c, bb (Abstraktionsprinzip) und d, cc (Risikoübernahme); § 9 II.

³⁸ S. 82 f.

³⁹ Vgl. insbes. S. 53 f., 55 ff. Dazu s. u. § 9 IV.

Rechtsähnlichkeit dieses neuen Sachverhalts zur Leistungskette innerhalb der Kausalverhältnisse wäre darzutun.

c) Die eigene Ansicht: Durchgangstheorie

Die hier vertretene Durchgangstheorie geht aufgrund der Vorstellungen der Parteien und teleologischer Erwägungen davon aus, daß die Anweisungsleistung nach dem Parteiwillen die rechtsgeschäftliche Wirkung einer Zuwendungskette vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger hat. Der Angewiesene wendet dem Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden, d. h. mit Durchgangserwerb des Anweisenden zu. Die Parteien wollen – dies ist zu Recht einhellige Ansicht – bei angenommener Anweisung nichts anderes als bei der einfachen Anweisungsleistung: die simultane Erfüllung im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis. Die Leistungspflicht des Angewiesenen gegenüber dem Empfänger ist diesem Zweck zugeordnet, dient seiner Verwirklichung. Die die Richtung der Kondition im Dreipersonenverhältnis bestimmenden Wertungen werden also durch die Annahme der Anweisung nicht verändert. Die Durchgangstheorie vermag diesen Sachverhalt ohne Schwierigkeiten konstruktiv auszudrücken: Der Angewiesene verpflichtet sich durch die Annahme (§ 784 I) zur Anweisungsleistung, d. h. zu dem, was er auch ohne die Annahme geleistet hätte. Diese verpflichtet zur Leistung an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden, zum simultanen Vollzug einer Zuwendung des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger. Die Akzeptforderung wird demnach gerade dadurch erfüllt, daß der Angewiesene *nicht direkt* an den Empfänger leistet. Daher ist eine Kondition des Angewiesenen gegen den Empfänger bei einem Mangel des Akzepts, ja selbst bei zusätzlichem Doppelmangel der Kausalverhältnisse ausgeschlossen. Auf diese Weise löst die Durchgangstheorie das unlösbar scheinende Problem einer Leistung des Angewiesenen an den Empfänger, die die Akzeptverbindlichkeit erfüllt, ohne *zwischen ihnen* Leistung im Sinne des Bereicherungsrechts zu sein.

Eine Leistung, die mit Bezug auf das Akzept erfolgt, ist Leistung „für Rechnung“ des Anweisenden. Will der Angewiesene „für eigene Rechnung“ leisten, so muß er dies klarstellen.⁴⁰ Er erfüllt damit – abgesehen vom Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis – auch die Akzeptforderung nicht korrekt, denn der Empfänger hatte nicht schlechthin Anspruch auf eine Leistung dieses Inhalts, sondern auf eine Leistung des Anweisenden. Im Deckungsverhältnis kann auf diese Weise Erfüllung nicht eintreten, da der Anweisende eine Ermächtigung zur Eigenleistung an einen Dritten (§§ 362 II, 185) nicht erteilt hat. Im Valutaverhältnis wäre eine Drittleistung des Angewiesenen nach § 267 gegeben. Freilich ist es *möglich*, daß der Anweisende den Angewiesenen zur Eigenleistung an den Empfänger auffordert und ermächtigt (§§ 362 II, 185), der Angewiesene „für eigene Rechnung“ leistet, etwa um einen Durchgangserwerb des Anweisenden und den Zugriff seiner Gläubiger auszuschlie-

⁴⁰ Nach Kötter AcP 153 (1954), 222 genügt dafür, daß der Angewiesene die Tilgung des Akzepts zum *ausschließlichen* Zweck seiner Leistung erklärt. Siehe jedoch im Text.

ßen. Da diese Form der mittelbaren Zuwendung im allgemeinen beim *berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter* erörtert wird, soll sie in diesem Zusammenhang dargestellt werden.⁴¹

Die Schuldverhältnisse sind nach der hier vertretenen Theorie nicht für die Richtung der Kondiktion, die Bestimmung der Parteien der Leistungskondiktion maßgebend, sondern nur für das Eintreten der Zweckerreichung oder Zweckverfehlung bei Leistungen solvendi, donandi, credendi causa usw. Die Leistungskondiktion findet zwischen den Parteien der *Zuwendung* statt, denn die Leistung ist nichts als eine Zuwendung, die der Zuwendende mit einer Zweckbestimmung versehen hat. Die angenommene Anweisung ist daher bereicherungsrechtlich wie die schlichte Anweisung zu behandeln, weil sie dieselbe *Zuwendung* des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden veranlaßt.

2. Die Bereicherungseinrede gegen die Akzeptforderung

Die Bereicherungseinrede (§ 821) gegen die Akzeptforderung ist grundsätzlich ausgeschlossen (§ 784 I).⁴² Sie wird dem Angewiesenen von der h. M. ausnahmsweise zugestanden, wenn Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis mangelhaft sind (Doppelmangel).⁴³ Dasselbe soll gelten bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses und unentgeltlichem Valutaverhältnis⁴⁴ oder bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses und einem vom Gesetz mißbilligten Geschäft (Sittenwidrigkeit, Spiel- oder Wettschuld) im Valutaverhältnis,⁴⁵ sowie bei einer Spielschuld im Deckungsverhältnis und unentgeltlichem Valutaverhältnis.⁴⁶ Da Sittenwidrigkeit (§ 138) und Spiel- oder Wettschuld (§ 762 I) einen Mangel des Schuldverhältnisses bedeuten, ist diese Kasuistik auf zwei Grundfälle zurückzuführen: den Fall eines Mangels im Deckungsverhältnis und unentgeltlichen Valutaverhältnis (analog § 822) und den Fall des Doppelmangels der Kausalverhältnisse. Die Gewährung der Bereicherungseinrede in diesen Fällen beruht auf dem Gedanken, daß diese Einrede dem Angewiesenen gegen die Akzeptforderung dann zusteht, wenn er das Akzept und die Leistung direkt vom Empfänger kondizieren könnte.⁴⁷ Da die Kondiktion der

⁴¹ S. u. § 12 IV 3 c.

⁴² S. o. I.

⁴³ So v. Tuhr JhJ 48 (1905), 52 f. und AT II 2, S. 100 N. 216; Oertmann BGB § 784 Anm. 4 c; Riehl, Anweisung, S. 40 f.; Staudinger/W. Müller § 784 Rn. 6; RGRK (Kuhn) § 784 Anm. 7; Soergel/Lippisch § 784 Rn. 4; Enneccerus/Lehmann Schr § 205 I 2 (S. 834). *Dagegen*: Heck Schr § 132, 2 (S. 397); Leonhard Schr II § 188 (S. 376).

⁴⁴ So v. Tuhr JhJ 48 (1905), 52 f.; Oertmann, Riehl, Staudinger/W. Müller, Soergel/Lippisch, RGRK (Kuhn), Enneccerus/Lehmann, sämtliche aaO; Esser Schr II § 102 I 1 a (S. 346); Heck Schr § 132, 2 (S. 397). *Dagegen* Leonhard aaO.

⁴⁵ v. Tuhr JhJ 48 (1905), 55 f.; Oertmann, Soergel/Lippisch, Staudinger/W. Müller, RGRK (Kuhn), Enneccerus/Lehmann, Esser, sämtliche aaO.

⁴⁶ Soergel/Lippisch aaO.

⁴⁷ Vgl. Oertmann aaO; v. Tuhr JhJ 48 (1905), 53; Staudinger/W. Müller § 784 Rn. 6; Heck Schr § 132, 2 (S. 397); Leonhard Schr II § 188 (S. 376); Enneccerus/Lehmann Schr § 205 I 2 (S. 834).

Leistung auf Akzept, wie gezeigt, nach den allgemeinen für die Kondiktion der Anweisungsleistung geltenden Regeln erfolgt, gibt es eine Durchgriffskondiktion und damit eine Bereicherungseinrede des Angewiesenen nur in den Fällen des § 822⁴⁸ und bestimmten Fällen des Mangels der Anweisung (analog § 179 I).⁴⁹ Bei Spiel- und Wetschulden im Deckungsverhältnis oder Valutaverhältnis kommt hinzu, daß § 762 II auf die Akzeptverbindlichkeit analog anzuwenden ist,⁵⁰ dem Angewiesenen also auch aus diesem Grund eine Einwendung gegen die Akzeptforderung zusteht. Bei einem Doppelmangel der Kausalverhältnisse hingegen sind Durchgriffskondiktion und Bereicherungseinrede ausgeschlossen.⁵¹

3. Sonstige Leistungsfolgen

Die Akzeptforderung umfaßt keine Gewährleistungsrechte, regelt also diesen Bereich nicht konkurrierend zum Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis. Die Gewährleistung wegen mangelhafter Anweisungsleistung findet innerhalb der Kausalverhältnisse statt, wie bei nicht angenommener Anweisung. Eine Zuwendung von Gewährleistungsrechten aus dem Deckungsverhältnis an den Empfänger durch das Akzept als abstraktes Schuldversprechen des Angewiesenen ist weder beabsichtigt noch in dieser Form möglich. Entsprechendes gilt für die Rückabwicklung nach §§ 346 ff. Da sich an den Zuwendungen nichts ändert, der Angewiesene „für Rechnung“ des Anweisenden leistet, erfolgt auch die Gläubiger- und Konkursanfechtung wie bei der schlichten Anweisungsleistung.

§ 9: Neuere Deutungen der Anweisungsleistung

I. Die Lehre Kaehlers

*Kaehler*¹ sucht die Bereicherungsprobleme der Anweisungsleistung aufgrund der Unterscheidung einer objektiven und einer subjektiven Bereicherung zu lösen. *Objektiv* nennt er die Bereicherung in all den Fällen, in denen die herrschende Bereicherungslehre eine Bereicherung annimmt, also wenn der Kondiktionsschuldner ein Recht erwirbt, von einer Schuld befreit wird usw. Die *subjektive* Bereicherung hingegen steht dem Kondiktionsschuldner nicht aufgrund „des objektiven Systems gesetzlicher Zuweisungen“ zu, sondern deshalb, weil das Erlangen des Bereicherungsgegenstandes „dem erklärten Willen oder Wunsch“ des Kondiktionsschuld-

⁴⁸ S. o. § 4 IV.

⁴⁹ S. o. § 5 IV 2k, bb.

⁵⁰ Vgl. RG 52, 39 und, im Ergebnis übereinstimmend, v. Tuhr JhJ 48 (1905), 55f.

⁵¹ S. o. § 4 III.

¹ Bereicherungsrecht und Vindikation, Bielefeld 1972, S. 111 ff.

ners entspricht, da er den Gläubiger „um die bereichernde Handlung gebeten“ hat.² Indem der Angewiesene die Anweisung durch Leistung an den Empfänger ausführt, bereichert er den Empfänger objektiv, aber zugleich den Anweisenden subjektiv, „denn dieser erhält genau das, was er haben wollte“.³ Der Gegenstand der subjektiven Bereicherung des Anweisenden könne „mangels faktischer oder juristischer Substanz ... nur ökonomisch beschrieben werden“.⁴ Es sei der objektive Wert der Leistung des Angewiesenen an den Empfänger. Neben dieser *unmittelbaren* subjektiven Bereicherung könne der Anweisende *mittelbar* objektiv bereichert sein, wenn er durch die Leistung des Angewiesenen im Valutaverhältnis von einer Schuld befreit oder ein Rückerstattungsanspruch zu seinen Gunsten begründet werde.⁵ Den Kondiktionsgläubiger bestimmt *Kaehler* nach dem Merkmal „auf dessen Kosten“ in § 812 I 1. Auf Kosten des Angewiesenen bereichert ist nun aber, wie ausgeführt, einerseits der *Empfänger* objektiv, andererseits der *Anweisende* subjektiv und in der Regel mittelbar objektiv. Daher sieht *Kaehler* mehrere Kondiktionsmöglichkeiten.⁶ Der Angewiesene könne einmal vom Empfänger dessen objektive Bereicherung kondizieren. Habe er den Leistungsgegenstand jedoch endgültig an den Empfänger verloren, dürfe dieser ihn aufgrund des Valutaverhältnisses behalten, so habe der Angewiesene Anspruch auf Ausgleich der objektiven Bereicherung des Anweisenden. Schließlich bestehe die Möglichkeit, daß der Angewiesene auf die subjektive Bereicherung des Anweisenden zurückgreife. Diese stellt jedoch, wie *Kaehler* einräumt, „für sich keine wirtschaftliche Vermögensmehrung bzw. kein Bereicherungsobjekt dar, das der Kläger (der Angewiesene) spezifisch restituieren könnte“.⁷ Der Anspruch des Angewiesenen auf Rückerstattung der subjektiven Bereicherung könne daher nur „auf einen echten oder Quasi-Kontrakt gestützt werden“.⁸ In diesem verpflichte sich der Anweisende gegen rückwirkenden Erwerb der der Leistung des Angewiesenen entsprechenden „Vermögenssphäre“, dem Angewiesenen den Wert dieser Sphäre im Deckungsverhältnis entweder auf Schuld anzurechnen oder bei einem Mangel des Schuldverhältnisses nach §§ 812 ff. zurückzuerstatten. Zugleich trete der Angewiesene seine Kondiktion gegen den Empfänger wegen einer möglichen Zweckverfehlung im Valutaverhältnis an den Anweisenden ab und verzichte auf etwaige weitere Ansprüche gegen den Empfänger und auf den möglichen Anspruch gegen den Anweisenden wegen dessen objektiver Bereicherung. Das Angebot zu diesem Vertrag liege in einer rechtsgeschäftlich zurechenbaren Anweisung, die Annahme konkludent in deren Ausführung durch den Angewiesenen.⁹ Bei fehlender oder mangelhafter Anweisung komme der Vertrag nicht zustande, es bleibe

² S. 32.

³ S. 113.

⁴ S. 114.

⁵ AaO.

⁶ S. 115f.

⁷ S. 115/116.

⁸ S. 116.

⁹ S. 118.

bei der direkten Kondition des Angewiesenen gegen den Empfänger.¹⁰ Bei versehentlicher Doppelzahlung oder, wenn die Zahlung nicht den vom Anweisenden angegebenen Empfänger erreicht habe, oder bei gefälschter Anweisung fehle es von vornherein an einer subjektiven Bereicherung des Anweisenden, da er eine solche Zahlung gerade nicht gewollt habe.¹¹

Kaehler verfolgt dasselbe Regelungsziel wie die hier vertretene Theorie der Zurechnungskette. Der von ihm angenommene Restitutionsvertrag des Angewiesenen mit dem Anweisenden soll die Rückabwicklung so regeln, wie wenn der Angewiesene den Leistungsgegenstand dem Anweisenden zugewendet und dieser ihn an den Empfänger weitergegeben hätte.¹² Der Anweisende verpflichte sich zur Rückerstattung des Wertes der Leistung des Angewiesenen an den Empfänger im Austausch dafür, daß der Angewiesene „den Transfer an den Beklagten (Empfänger) so behandelt, als habe er ihn erst an den Kläger (Anweisenden) und dieser dann auf eigene Kosten an den Beklagten (Empfänger) ausgeführt“.¹³ Um der Anweisungsleistung die rechtliche Wirkung einer über den Anweisenden führenden Leistungskette zu geben, ist jedoch ein Restitutionsvertrag zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen weder notwendig, noch ausreichend. Der Angewiesene hat gegen den Anweisenden die Leistungskondition oder andere Rückerstattungsansprüche, weil er an ihn *geleistet* hat. Die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden hat die dingliche Wirkung einer Leistungskette. Damit ist der gesetzliche oder vertragliche Tatbestand erfüllt, der diese Ansprüche auslöst. Es brauchen nicht erst durch einen „Restitutionsvertrag“ Rückerstattungsansprüche geschaffen zu werden, die inhaltlich an die §§ 812 ff., 346 ff. usw. angelehnt sind. Der Begriff der subjektiven Bereicherung und die Vorstellung, daß der Anweisende durch die Leistung des Angewiesenen zweifach, subjektiv und objektiv, bereichert sei, dem Angewiesenen also ein doppelter Bereicherungsanspruch gegen ihn zustehe, sind abzulehnen: Sie sind nicht nur unnötig kompliziert, sondern verfehlen den Sinn der Anweisungsleistung, auf abgekürztem Weg die Wirkung einer Leistungskette zu erzielen. Sie sind vor allem mit dem Parteiwillen nicht zu vereinbaren. Nach *Kaehler* kondiziert der Anweisende vom Empfänger aus abgetretenem Recht. Seine Kondition ist daher nach §§ 404, 406 den Einwendungen und Aufrechnungsmöglichkeiten ausgesetzt, die im Verhältnis des Empfängers zum Angewiesenen bestanden. Die dem Anweisenden vom Angewiesenen abgetretene Kondition gegen den Empfänger ist auch nicht Teil des Synallagmas im Valutaverhältnis, die Saldotheorie findet also auf sie keine Anwendung. *Kaehlers* Konstruktion ist schließlich auf den Bereich der Rückerstattung beschränkt und vernachlässigt die dinglichen Rechtsfolgen der Anweisungsleistung und ihre Bedeutung für Erfüllung, Mängelgewährleistung und Gläubigeranfechtung.

¹⁰ S. 121.

¹¹ S. 109.

¹² Vgl. S. 119f.

¹³ S. 116.

II. Die Konzeption von *Canaris*

*Canaris*¹⁴ löst die Kondiktionsprobleme der Anweisungsleistung nach den Kriterien der „Risikozurechnung“ und des „schuldrechtlichen Abstraktionsprinzips“. Die Risiken der Kondiktion, also das Gegenrechtsrisiko und das Risiko der Insolvenz des Konditionsschuldners, würden von den Parteien selbst verteilt: Sie nähmen nur hinsichtlich des Partners in dem mangelhaften Kausalverhältnis die Gefahr auf sich, durch Einwendungen oder Konkurs des Schuldners mit der Kondiktion auszufallen. Diese „Risikoordnung“ werde konstituiert durch die Anweisung, ihre Ausführung seitens des Angewiesenen und durch die Einverständniserklärung des Empfängers zur Leistung des Anweisenden mittels des Angewiesenen.¹⁵ Diese die „Risikoordnung“ begründenden Akte seien Rechtsgeschäfte oder zumindest geschäftsähnliche Handlungen.¹⁶ Sie seien vom Bestehen der Kausalverhältnisse unabhängig. Die „Risikozurechnung“ ergebe somit, daß grundsätzlich innerhalb der mangelhaften Kausalverhältnisse zu kondizieren sei (Durchgriffsverbot) und der Anweisende dem Angewiesenen Einwendungen aus seinem Verhältnis zum Empfänger (Valutaverhältnis) nicht entgegenhalten könne. Dies werde bekräftigt durch das „schuldrechtliche Abstraktionsprinzip“ und den ihm zugrunde liegenden Gedanken des Vertrauensschutzes:¹⁷ Der Angewiesene habe auf Inhalt und Wirksamkeit des vom Anweisenden, seinem Partner, mit einem Dritten (dem Empfänger) geschlossenen Vertrags keinen Einfluß, wisse darüber auch nicht Bescheid. Daher brauche sich der Angewiesene nur die Fehler seines Schuldverhältnisses mit dem Anweisenden (Deckungsverhältnis) entgegenhalten zu lassen. Seien Einwendungen des Anweisenden gegenüber dem Angewiesenen aus dem Valutaverhältnis ausgeschlossen, so habe der Angewiesene einen „einwendungsunabhängigen Bereicherungsanspruch“.¹⁸ Die Beschränkung der Leistungskondiktion auf die mangelhaften Kausalverhältnisse erhalte innerhalb dieser Verhältnisse die Gegenseitigkeit der Konditionen und Einwendungen.

Canaris betont zu Recht, daß bei der Anweisungsleistung *Rechtsgeschäfte* der Parteien die Grundlage der Leistungskondiktion bilden, und ermöglicht durch die klare Herausstellung maßgeblicher *Wertungsgesichtspunkte*¹⁹ eine teleologische Begründung der Kondiktion. Doch bestehen gegen seine Lehre auch *Einwände*: Die „Risikoordnung“, nach der innerhalb der Kausalverhältnisse kondiziert wird, hängt nicht vom Einverständnis des Empfängers mit der Anweisungsleistung ab, sondern

¹⁴ Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, Festschr. f. Larenz, S. 799ff. (814f., 819). Dazu vgl. Larenz SchR II § 68 Ia (S. 467f.); Medicus Rn. 667f. und NJW 74, 540ff.; Koppensteiner/Kramer, S. 40ff.; Hagmann-Lauterbach, S. 32ff.; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 55ff.; Wilhelm AcP 175 (1975), S. 317ff.; siehe auch oben § 4 II 1 c, bb und d, cc.

¹⁵ AaO (S. 815).

¹⁶ AaO (S. 823f., 826).

¹⁷ AaO (S. 817).

¹⁸ AaO (S. 819).

¹⁹ Vgl. insbes. S. 802f.

nur davon, daß eine Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden rechtsgeschäftlich zustande kommt. Der Empfänger ist dabei einmal Empfänger der Willenserklärung des Angewiesenen, „für Rechnung“ des Anweisenden leisten zu wollen, zum anderen in der Regel Vertragspartner des Angewiesenen hinsichtlich des Zuwendungsgeschäfts. Eine zusätzliche Einverständniserklärung des Empfängers zur Leistung des Anweisenden mittels des Angewiesenen ist unnötig, wird auch praktisch niemals abgegeben. Teilt etwa der Empfänger dem Anweisenden seine Kontonummer mit, so bedeutet dies, daß die Leistung von *Buchgeld* wie eine Zahlung wirken, die Erfüllung im Valutaverhältnis also bereits bei Erteilung der Gutschrift für den Empfänger, nicht erst bei Auszahlung der Geldsumme an ihn eintreten soll. Eine *Zahlung* der Bank „für Rechnung“ des Anweisenden kann der Empfänger nicht zurückweisen (§ 267, arg. a maiore).

Die von *Canaris* vorausgesetzte „Risikoordnung“ wird, auch für die Kondition der Anweisungsleistung, *durch die Leistung selbst* festgelegt. Die Übernahme des Gegenrechts- und Insolvenzzrisikos hinsichtlich der Leistungskondition ist untrennbar verbunden mit der Bestimmung der Parteien und des Inhalts der Kondition. Diese erfolgt durch die Leistung, d. h. dadurch, daß eine Person einer anderen etwas mit Bezug auf eine bestimmte causa zuwendet. Das eigentliche Problem des Bereicherungsausgleichs in den Anweisungsfällen liegt darin, *die Leistung* des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden richtig zu verstehen. Die für die Rückabwicklung maßgeblichen Wertungen sind bei der Auslegung des Parteiwillens zu berücksichtigen. Um diese Wertungen zur Geltung zu bringen, ist es nicht notwendig, den Leistungsbegriff aus dem Tatbestand der Leistungskondition (§ 812 I 1, 1. Alt.) zu streichen,²⁰ damit die Natur der Leistungskondition zu verändern, wenn nicht diesen Konditionstypus für das Dreipersonenverhältnis ganz zu beseitigen. Die hier vertretene *Durchgangstheorie* nimmt für sich in Anspruch, mit schlichten Leistungskonditionen nach dem Modell des Zweipersonenverhältnisses auch in den Anweisungsfällen zu wertungsrichtigen Ergebnissen zu gelangen. Sie berücksichtigt die Rückabwicklungsinteressen der Parteien schon auf der Ebene der *Zuwendung*, gibt der „Anweisungsleistung“ des Angewiesenen die unmittelbare Wirkung einer vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger führenden Zuwendungskette. Ein besonderer Leistungsgriff für die Zwecke der Kondition ist dann überflüssig.

Bedenken bestehen auch gegen das von *Canaris* angenommene „schuldrechtliche Abstraktionsprinzip“. Wenn es allein von der Erfüllung im Valutaverhältnis abhängt, ob der Empfänger einer Kondition des Anweisenden ausgesetzt ist, so ergibt sich dies daraus, daß die Leistung mit Tilgungsbestimmung (nur) auf das Valutaverhältnis erfolgte. Die Kondition innerhalb der Kausalverhältnisse bei wirksamer Anweisung ist die einfache Folge der *Leistung* zwischen den Parteien der Kausalverhältnisse. Einwendungen aus dem Valutaverhältnis können der Kondik-

²⁰ So auch Koppensteiner/Kramer, S. 46; Kupisch, S. 42f. Vgl. andererseits die Kritik am Leistungsbegriff bei Harder JuS 79, 76f.

tion des Angewiesenen gegen den Anweisenden *nicht direkt* entgegengehalten werden, da diese Einwendungen das Verhältnis des Angewiesenen zum Anweisenden sachlich nicht betreffen, an ihm vorbeigehen. All dies hängt mit der Relativität der Schuldverhältnisse als rechtlicher Sonderverbindungen zusammen. Von einem „schuldrechtlichen Abstraktionsprinzip“ kann deshalb jedoch nicht gesprochen werden. Jedenfalls aber ist eine „Abstraktion“ der Kausalverhältnisse in dem Sinne abzulehnen, daß die Kondition des Angewiesenen gegen den Anweisenden „einwendungsunabhängig“ ist, der Anweisende sich nicht darauf berufen kann, durch die Verwendung der Leistung des Angewiesenen im Valutaverhältnis *entreichert* zu sein (§ 818 III).²¹ Diese Lösung entspricht, wie ausgeführt,²² weder dem Interesse noch den Vorstellungen der Parteien. Ein sie zwingendes Abstraktionsprinzip gibt es nicht. *Canaris* selbst deutet an anderer Stelle²³ an, daß der Anweisende den Angewiesenen bereicherungsrechtlich so zu stellen hat, als hätte ein Durchgangserwerb stattgefunden. Diese Wertung sucht die hier vertretene Theorie konsequent durchzuhalten: Bei einer *Bereicherungskette* hat der Verkäufer *keine* „einwendungsunabhängige“ Kondition gegen den Erstkäufer.

Canaris' Thema ist der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis. Seine Lösung ließe sich auf vertragliche Rückabwicklungsansprüche (§§ 346 ff., 556 I, 604, 607 I) ausdehnen. Sie kann jedoch *nicht* zu einer allgemeinen Theorie erweitert werden, mit der sich die Anweisungsleistung in *allen* ihren Funktionen verstehen läßt: dingliche Zuwendung, Erfüllung, Mängelgewährleistung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Rückabwicklung und Gläubiger- und Konkursanfechtung.

III. Die Auffassung von Wilhelm

*Wilhelm*²⁴ beschäftigt sich mit den Problemen des Bereicherungsausgleichs im Dreipersonenverhältnis im Rahmen einer allgemeinen Auseinandersetzung mit der modernen Theorie der Leistungskondition. Danach steht „die Leistungskondition dem Leistenden im Gegensatz zum modernen Leistungsbegriff nicht deshalb zu, weil er die Vermögensvermehrung des Schuldners zweckbestimmt verursacht hat, sondern weil der Schuldner aus seinem Vermögen bereichert ist“.²⁵ Dies gelte auch für die Anweisungsleistung: „Der Anweisende kann mit der Leistung des Angewiesenen als eigener Leistung seine Schuld gegenüber dem Empfänger erfüllen,

²¹ Gegen einen „einwendungsunabhängigen“ Bereicherungsanspruch auch Kupisch, S. 44.

²² S. o. § 4 III 2 c.

²³ AaO (S. 813).

²⁴ Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenze des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, Bonn 1973, S. 100ff. und: Die Zurechnung der Leistung bei Widerruf einer Anweisung, insbes. eines Schecks, AcP 175 (1975), 304ff. Vgl. dazu Koppensteiner/Kramer, S. 40f.; Kupisch, S. 52 N. 163, S. 76 N. 241; Hagmann-Lauterbach, S. 30ff.

²⁵ Rechtsverletzung, S. 104.

und in gleicher Weise kann er bei Fehlerhaftigkeit seines Verhältnisses zum Empfänger die Leistungskondition gegen den Empfänger haben, weil der Empfänger die Leistung des Angewiesenen als Leistung aus dem Vermögen des Anweisenden erlangt. Die Kondition des Angewiesenen gegen den Empfänger ist ausgeschlossen, weil er nicht in das Vermögen des Empfängers, sondern in das Vermögen des Anweisenden geleistet hat“.²⁶ „Indem der Anweisende über den Leistungsgegenstand dergestalt disponiert, daß dieser an den Empfänger geleistet werden soll, und indem der Angewiesene diese Disposition des Anweisenden ausführt, kommt der Leistungsgegenstand in einer dem dinglichen Durchgang durch das Vermögen des Anweisenden vermögensmäßig und deshalb rechtlich gleichstehenden Weise zu Lasten des Vermögens des Anweisenden dem Empfänger zu“.²⁷ Im Fall der Kondition des Angewiesenen gegen den Anweisenden geht *Wilhelm* daher davon aus, daß der Anweisende primär den Leistungsgegenstand und nicht eine Schuldbefreiung im Valutaverhältnis oder eine Kondition gegen den Empfänger erworben und rückzuerstatten hat.²⁸

Die zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden einerseits, diesem und dem Empfänger andererseits stattfindende Zuwendung kennzeichnet *Wilhelm* als „datio, eine willentliche Vermögensverschiebung in deren abstraktester Form“.²⁹ Einen dinglichen Durchgangserwerb des Anweisenden nimmt *Wilhelm*, von den Fällen des Geheißerwerbs abgesehen, *nicht* an.³⁰ Die die datio konstituierenden Akte des Angewiesenen und des Anweisenden seien „Vermögensentscheidungen“ im Sinne der Lehre *Flumes*³¹ zur Verteilung des Entreichungsrisikos (§ 818 III).³² *Wilhelm* wendet „wie auf die Übereignung so auch auf die sie ersetzenden oder ihr entsprechenden Vermögensdispositionen die Vorschriften über die Willenserklärung“ an³³ und nimmt daher bei Zurechnungsmängeln und Dissens die Unwirksamkeit der datio und eine direkte Leistung zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger an.³⁴ Dasselbe sei bei Doppel- und Überzahlung anzunehmen.³⁵

Wilhelm spricht von einer „Gleichstellung“ der Anweisungsleistung mit dem dinglichen Durchgang des Leistungsgegenstandes durch das Vermögen des Anweisenden,³⁶ von einer Kondition des Angewiesenen, „wie wenn“ er die Leistung

²⁶ Rechtsverletzung, S. 115.

²⁷ Rechtsverletzung, S. 116.

²⁸ Rechtsverletzung, S. 122 ff.

²⁹ Rechtsverletzung, S. 117. Vgl. ähnliche Gedanken bei Jhering JhJ 2 (1858), 136 f., 149 (dazu vgl. oben § 4 II 2 d, aa); Oertmann RuW 1914, 238 f.; ders. AcP 138 (1934), 72 f. und DGBR 1937, 109 (dazu vgl. unten § 12 IV 3 c, bb).

³⁰ Vgl. Rechtsverletzung, S. 116 mit N. 197, S. 128; anders jedoch anscheinend S. 122 (nach N. 212). Im Sinne eines *Durchgangserwerbs* verstehen *Wilhelm*: Reeb, S. 18 f.; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 73 f.; *dagegen*: Kupisch, S. 52 N. 163, S. 76 N. 241.

³¹ Festschr. f. Niedermeyer, S. 103 ff. (insbes. S. 167, 175 f.).

³² Rechtsverletzung, S. 118 nach N. 201, S. 156 N. 311.

³³ Rechtsverletzung, S. 156.

³⁴ Rechtsverletzung, S. 156 ff.

³⁵ Rechtsverletzung, S. 159.

³⁶ Rechtsverletzung, S. 118, vgl. auch S. 116, 156.

dinglich in das Vermögen des Anweisenden erbracht hätte³⁷ und davon, daß die Vermögensdispositionen des Angewiesenen gegenüber dem Anweisenden, des Anweisenden gegenüber dem Empfänger eine Übereignung „ersetzen oder ihr entsprechen“.³⁸ Dies kommt dem Gedanken eines dinglichen Durchgangserwerbs des Anweisenden sehr nahe. *Wilhelm* will jedoch – in den Grenzen seines Themas befangen – die Parteien der Anweisungsleistung *nur für die Leistungskondiktion* so stellen, als hätte ein dinglicher Durchgangserwerb des Anweisenden stattgefunden. Nimmt man jedoch *alle* Rechtsfolgen der Leistung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden in den Blick, so erweist sich, daß die Anweisungsleistung in *jeder* Beziehung, auch auf der dinglichen Ebene, als eine über den Anweisenden führende Zuwendungskette „zu behandeln“ ist: Die Anweisungsleistung hat mit anderen Worten die unmittelbare dingliche Wirkung einer solchen Zuwendungskette. Nur diese Annahme entspricht, wie gezeigt, dem Interesse und den Vorstellungen der Parteien. Die Konstruktion des Durchgangserwerbs als Fremdwirkung des Leistungsvorgangs zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger analog der Vertretungswirkung nach §§ 164 ff. lehnt sich eng an die gesetzlichen Formen der Zuwendungsgeschäfte an. Von einer „Vermögensentscheidung“ oder einer *datio* als „Vermögensverschiebung, in deren abstraktester Form“ kann man dasselbe nicht sagen. Die Vorstellung der *datio* ist unzureichend, wenn sich die Vermehrung des Vermögens des Empfängers nicht durch *dare*, sondern durch *face-re*, also etwa durch eine Dienst- oder Werkleistung vollzieht. Sie vermag auch nicht einsichtig zu machen, warum die angenommene Übereignung zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger, die als Vermögensverschiebung ebenso real ist wie die *datio*, für die Kondiktion keine Rolle spielt. Die Annahme eines Durchgangserwerbs des Anweisenden hingegen setzt die Wirkung einer über den Anweisenden laufenden Zuwendungskette *an die Stelle* einer (unmittelbaren) Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger. In den Ergebnissen kommt *Wilhelms* Lehre der Durchgangstheorie sehr nahe und bestätigt dadurch mittelbar die Richtigkeit der Annahme eines Durchgangserwerbs zugrunde liegenden Wertung.

IV. *Kupischs Theorie*

Nach *Kupisch*³⁹ findet in den Anweisungsfällen eine Leistung stets ausschließlich zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger statt,⁴⁰ denn nur zwischen ihnen werde eine Vermögensverschiebung vollzogen.⁴¹ Leistungsrichtung und Richtung

³⁷ Rechtsverletzung, S. 117.

³⁸ Rechtsverletzung, S. 156.

³⁹ Gesetzespositivismus im Bereicherungsrecht, Zur Leistungskondiktion im Drei-Personen-Verhältnis, Berlin 1978; ders., WM Sonderbeilage 3/1979, S. 1 ff.

⁴⁰ Gesetzespositivismus, S. 18 N. 32, S. 19, 21, 26, 38 N. 93, S. 55; WM Sonderbeilage 3/1979, S. 8.

⁴¹ Gesetzespositivismus, S. 57 f.

der sich an die Leistung knüpfenden Rechtsfolgen fallen jedoch auseinander:⁴² „Die Leistung erfolgt zwischen A und C. Die Rechtsfolgen hingegen sollen zwischen A und B und B und C eintreten.“⁴³ Dies wird zunächst für die Rechtsfolge der Befreiung nach § 362,⁴⁴ dann für die Rückerstattungspflicht nach §§ 812 ff.⁴⁵ ausgeführt. Es sei ein weitreichender Irrtum anzunehmen, „die Leistungsrichtung habe in jedem Fall mit der Richtung der bereicherungsrechtlichen Rechtsfolgen identisch zu sein.“⁴⁶ Die Anweisungsleistung habe für die Leistungskondition die Wirkung einer vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger führenden Zuwendungskette.⁴⁷ „Der Anweisungsfall ist rechtlich so zu beurteilen, als habe A an B und B an C gezahlt.“⁴⁸ Diese Wirkung der Leistung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden wird mit einer *Analogie zum Fall der Veräußerungskette*, einer analogen Anwendung der §§ 812 ff.⁴⁹ begründet. Grund der Rechtsähnlichkeit zwischen Anweisungsleistung und Veräußerungskette und Basis der Analogie sei einmal die rechtsgeschäftlich wirksame Anweisung.⁵⁰ Insofern könne man von einer „Bereicherungshaftung des Anweisenden kraft Rechtsgeschäfts“⁵¹ sprechen. Zum anderen sei Voraussetzung eine wirksame weisungsgemäße Leistung des Angewiesenen an den Empfänger:⁵² Der Angewiesene müsse „im Hinblick“ auf den Anweisenden leisten, dürfe mit der Leistung keinen eigenen Leistungszweck gegenüber dem Empfänger verfolgen. Diese Umstände, die Grundlage der Analogie, seien vom Bestehen der Kausalverhältnisse unabhängig.⁵³ Ergebe sich als Folge der Analogie eine Leistungskondition des Angewiesenen gegen den Anweisenden und des Anweisenden gegen den Empfänger, so sei zugleich eine Kondition des Angewiesenen gegen den Empfänger ausgeschlossen:⁵⁴ Die *analoge* Anwendung der §§ 812 ff. im Verhältnis des Angewiesenen zum Anweisenden, des Anweisenden zum Empfänger impliziere die Negation ihrer *direkten* Anwendung im Verhältnis des Angewiesenen zum Empfänger.⁵⁵

Kupisch ist darin zuzustimmen, daß die Anweisungsleistung bereicherungsrechtlich die Rechtsfolgen einer über den Anweisenden führenden Leistungskette hat. Die hier vertretene *Theorie des Durchgangserwerbs* ist darin nicht weniger konsequent. Beizutreten ist *Kupisch* auch darin, daß eine Leistung nur im Verhältnis der

⁴² Gesetzespositivismus, S. 19, 21, 38 N. 93; WM Sonderbeilage 3/1979, S. 5, 8.

⁴³ Gesetzespositivismus, S. 19.

⁴⁴ Vgl. insbes. Gesetzespositivismus, S. 20.

⁴⁵ Vgl. insbes. Gesetzespositivismus, S. 22.

⁴⁶ AaO.

⁴⁷ Gesetzespositivismus, S. 19, 20, 23, 25; WM Sonderbeilage 3/1979, S. 9.

⁴⁸ Gesetzespositivismus, S. 20; ähnlich S. 23, 25.

⁴⁹ Gesetzespositivismus, S. 22, 28 f.; WM Sonderbeilage 3/1979, S. 5 f., 8 f.

⁵⁰ Gesetzespositivismus, S. 26 f.; WM Sonderbeilage 3/1979, S. 7, 8.

⁵¹ Gesetzespositivismus, S. 27.

⁵² Gesetzespositivismus, S. 23, 27, 60 f.; WM Sonderbeilage 3/1979, S. 7, 8.

⁵³ Gesetzespositivismus, S. 22 f.

⁵⁴ Gesetzespositivismus, S. 29, 56, 57.

⁵⁵ Gesetzespositivismus, S. 57.

Personen erfolgt, zwischen denen eine Zuwendung stattfindet.⁵⁶ Seine Theorie der analogen Rechtsanwendung hat, wie die Ausführungen zur Erfüllung (§ 362) beweisen, den Vorzug, grundsätzlich nicht auf die Leistungskondition oder die Rückabwicklung der Anweisungsleistung beschränkt zu sein. Sie ist jedoch nur unter der *Voraussetzung* sinnvoll, daß die Parteien einen unmittelbaren dinglichen Rechts-erwerb des Empfängers vom Angewiesenen wollen. Ergibt sich indessen aus ihren Interessen und ihren Vorstellungen, daß der Erwerb des Empfängers auch dinglich und damit in jeder Hinsicht einer Zuwendungskette „gleichstehen“ soll, so ist der Wille der Parteien vernünftigerweise dahin auszulegen, daß die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden *unmittelbar* die Wirkung einer Veräußerungskette hat (dinglicher Durchgangserwerb des Anweisenden). Die Anweisung und ihr Vollzug durch den Angewiesenen sind *final* auf die Rechtswirkung einer Leistungskette gerichtet. Diese Wirkung tritt ein, weil sie von den Parteien gewollt ist, also kraft Rechtsgeschäfts. Es ist *nicht* so, daß die Parteien die Anweisungsleistung blind für die Vorstellung einer Leistungskette vollziehen und erst der fürsorgliche Richter die Rechtsähnlichkeit ihres Verhaltens mit der Leistungskette erkennt und im Wege der Analogie die Wirkung der Leistungskette kraft Gesetzes auf die Anweisungsleistung überträgt. Deshalb ist *Kupischs* Theorie der *Analogie* zur Leistungskette für den Regelfall der Anweisungsleistung abzulehnen und von einem *realen Durchgangserwerb* auszugehen. Anders bei Grundstücken, bei denen eine mit Zwischenerwerb des Anweisenden verbundene abgekürzte Leistung nicht möglich ist.⁵⁷ Der Unterschied zwischen *Kupischs* Lehre und der hier vertretenen Ansicht ist jedoch *keine* Frage bloß dogmatischer Konstruktion: Die Durchgangstheorie beruht auf der Analogie zwischen Anweisung und Vollmacht (§§ 164ff.) und kommt so, insbesondere bei Mängeln der Anweisung, zu neuen Lösungen. Nach *Kupisch* entfällt bei einem Mangel der Anweisung die Basis der Analogie zur Veräußerungskette, die §§ 812ff. sind auf die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger direkt anwendbar. *Kupisch* kommt daher, wie die h.M.,⁵⁸ zu der starren Lösung einer Durchgriffskondition des Angewiesenen gegen den Empfänger. Die hier vertretene Theorie dagegen vermag analog § 179 zu differenzieren und analog §§ 170ff. die Ausnahmen zu begründen, in denen gleichwohl eine Fremdwirkung der Leistung gegenüber dem Anweisenden eintritt.

V. Die Lehre Pingers

Pinger geht mit der h.M. davon aus, daß eine reale Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger stattfindet.⁵⁹ Dieser „Realverschaffung“ stellt er „im Rechts-sinn“, „im Sinne des normativen Zuwendungsbegriffs“ die Zuwendungen des An-

⁵⁶ WM Sonderbeilage 3/1979, S. 9, 10f. Dazu s.o. § 2 III 2, § 4 II 2c.

⁵⁷ S.o. § 4 II 2c, aa β.

⁵⁸ S.o. § 5 IV vor 1.

⁵⁹ AcP 179 (1979), 301ff., 303, 308.

gewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger gegenüber.⁶⁰ Der Anweisende müsse sich im Verhältnis der Parteien so behandeln lassen, als habe er den Leistungsgegenstand real empfangen und an den Empfänger weitergegeben.⁶¹ Verschafft der Angewiesene dem Empfänger ein dingliches Recht, „so tritt in der Person des Anweisenden ein quasi-dinglicher Zwischenerwerb ein. Dies hat bereicherungsrechtlich die Konsequenz, daß die drei Beteiligten der Anweisungsanlage uneingeschränkt die gleichen Rechte und Pflichten haben, wie die jeweiligen Partner einer Bereicherungskette“.⁶² Diese Leistungswirkungen werden von der Anweisung bestimmt. Im Deckungsverhältnis kommt durch die Anweisung und deren Vollzug eine Zweckvereinbarung, d. h. Erfüllungsstattvereinbarung nach § 364 I, zustande, aufgrund deren die an den Empfänger gerichtete Zuwendung zur Erfüllung geeignet wird.⁶³ Durch die Anweisung wird der Angewiesene im Valutaverhältnis zum Erfüllungsgehilfen des Anweisenden bestellt und seine Zuwendung an den Empfänger dem Anweisenden zurechenbar.⁶⁴

Die hier vertretene Durchgangstheorie stimmt mit *Pingers* Lehre weitgehend im Ergebnis überein: Auch nach ihr hat die Anweisungsleistung die rechtliche Wirkung einer über den Anweisenden führenden Leistungskette. Ob der Zwischenerwerb des Anweisenden dinglich oder quasi-dinglich ist, erscheint als eine rein theoretische Frage. Gegen *Pingers* Konstruktion bestehen jedoch dogmatische Einwände: Sie löst nur die Probleme der Erfüllung und des Bereicherungsausgleichs. Die Anweisung kann als Teil einer Erfüllungsstattvereinbarung (§ 364 I) die angenommene Zuwendung an den Empfänger nur dadurch zur Erfüllung im Deckungsverhältnis geeignet machen, daß sie den *Schuldinhalt* an die Zuwendung anpaßt, also das Deckungsverhältnis zum Vertrag zugunsten Dritter umgestaltet. Sie kann hingegen nicht die *Zuwendung* an den Empfänger gegen den Anweisenden richten und damit die ursprünglich geschuldete Leistung zustande bringen. Die für *Pinger* grundlegende Unterscheidung zwischen tatsächlicher oder realer Zuwendung und Zuwendung „im Rechtssinn“ wurde oben⁶⁵ abgelehnt. Die Stellung des Angewiesenen als Erfüllungsgehilfe des Anweisenden im Valutaverhältnis kann, auch in Verbindung mit der Vereinbarung über eine Leistung an Erfüllungs Statt im Deckungsverhältnis, aus einer Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger niemals eine Kette von Leistungen des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger machen.⁶⁶ *Pingers* Auffassung läßt endlich die *Ähnlichkeit der Anweisung zur Vollmacht* nicht erkennen, was weitreichende Konsequenzen hat.

⁶⁰ AaO, S. 310, 311 mit N. 66.

⁶¹ AaO, S. 309, 310 (mit Berufung auf v. Caemmerer JZ 62, 386 und Weitnauer, Festschr. f. v. Caemmerer, S. 283).

⁶² AaO, S. 312.

⁶³ AaO, S. 308/309, 311.

⁶⁴ AaO, S. 312, 316.

⁶⁵ Vgl. § 3 III 4.

⁶⁶ Vgl. § 3 III 4.

Dritter Teil. Der Vertrag zugunsten Dritter

§ 10: Grundlagen

I. Anweisung und Vertrag zugunsten Dritter

Die *Anweisung* (auf Schuld) enthält die Aufforderung an den Angewiesenen, die dem Anweisenden im Deckungsverhältnis geschuldete Leistung „für Rechnung“ des Anweisenden an den Empfänger zu erbringen, und die Ermächtigung, aufgrund deren die weisungsgemäße Leistung gegenüber dem Anweisenden wirkt (Durchgangserwerb). Der Angewiesene ist nach dem Deckungsverhältnis nur zur (direkten) Leistung an den Anweisenden verpflichtet, kann auch durch sie seiner Leistungspflicht genügen. Beim *Vertrag zugunsten Dritter* schuldet der Versprechende Leistung an den Dritten und kann *nicht* durch Leistung an den Versprechensempfänger erfüllen. Danach liegt z.B. bei der *Giroüberweisung* ein Fall des Vertrags zugunsten Dritter vor: Die Bank ist aufgrund des Girovertrages mit dem Auftraggeber allgemein verpflichtet, von ihm bezeichneten Personen eine Gutschrift zu erteilen oder durch die Empfängerbank erteilen zu lassen. Der Überweisungsauftrag konkretisiert Inhalt und Empfänger der aus dem Girovertrag geschuldeten Leistung und schafft damit im Einzelfall das für den Vertrag zugunsten Dritter typische Deckungsverhältnis. Daß die Überweisung trotzdem allgemein als Fall der Anweisung behandelt wird, hat einen äußeren und einen inneren Grund: Einmal gleicht der Überweisungsauftrag „phänomenologisch“ der Anweisung darin, daß er als eigene Willenserklärung zu der bestehenden Rechtsbeziehung des Deckungsverhältnisses hinzutritt und der Leistung die Richtung auf einen bestimmten Dritten gibt. Zum anderen ist es für die rechtliche Wirkung der Leistung des Versprechenden an den Dritten gleichgültig, ob der Versprechende gegenüber dem Versprechensempfänger zur Leistung an den Dritten verpflichtet oder ob ihm diese nur gestattet ist. Den Ausschlag gibt, ob der Versprechende „für Rechnung“ des *Versprechensempfängers* leistet und ob er von diesem zur Leistung mit Wirkung ihm gegenüber *ermächtigt* ist. Da die Gutschrift der Bank (Versprechenden) „für Rechnung“ des Auftraggebers (Versprechensempfängers) erfolgt, der Überweisungsauftrag eine der Anweisung im Sinne der §§ 783 ff. entsprechende Ermächtigung enthält, wird die Giroüberweisung zu Recht als *Anweisungsfall* behandelt. Die Leistungspflicht der Bank (Versprechenden) aus dem Girovertrag (Vertrag zugunsten Dritter) geht also dahin, an den Empfänger (Dritten) „für Rechnung“ des Auftraggebers (Versprechensempfängers) zu leisten, eine „Anweisungsleistung“ zu erbringen. *Anweisung und Vertrag zugunsten Dritter schließen sich somit nicht aus*. Treffend formuliert Ulmer:¹ „Jede Anweisung, die eine Verpflichtung des Angewiesenen zur Honorie-

¹ AcP 126 (1926), 170f.; vgl. auch Heck SchR § 50, 5 (S. 150).

rung auslöst, steht in Verbindung mit einem Vertrag zugunsten Dritter. Umgekehrt enthält jeder Vertrag zugunsten Dritter, bei dem die Leistung an den Dritten durch Zuwendungsgeschäft unter endgültiger Abstraktion von den Grundrechtsbeziehungen erfolgen soll, eine Anweisung“.

Für eine Untersuchung der Leistung im Dreipersonenverhältnis ergibt sich daraus: Der unterschiedliche Inhalt der Leistungspflicht des Angewiesenen (Leistung an den Anweisenden) und des Versprechenden (Leistung an den Dritten) ist ohne Bedeutung. Der Anspruch des Versprechensempfängers auf Leistung an den Dritten beim Vertrag zugunsten Dritter enthält wie die Anweisung eine Aufforderung zur Leistung an einen Dritten. Für die Leistung bestimmend ist, ob der Angewiesene vom Anweisenden zur Leistung an den Empfänger für *eigene* oder für *fremde* Rechnung angewiesen wird, der Versprechende aus dem Vertrag zugunsten Dritter zur Leistung an den Dritten für *eigene* oder für *fremde* Rechnung verpflichtet ist. Schuldet der Versprechende Leistung an den Dritten „für Rechnung“ des Versprechensempfängers, so ist er zugleich ermächtigt, mit Wirkung gegenüber dem Versprechensempfänger (Durchgangserwerb) zu leisten, wie der Angewiesene typischerweise in den Anweisungsfällen. Bei einer Anweisung des Angewiesenen zur Eigenleistung an den Empfänger und bei einer Verpflichtung des Versprechenden zur Leistung „für eigene Rechnung“ fehlt die Ermächtigung zur Leistung mit Fremdwirkung, es findet eine (direkte) Leistung des Angewiesenen an den Empfänger, des Versprechenden an den Dritten statt.

II. Zur Terminologie

Man unterscheidet zwei Gestaltungen des Vertrags zugunsten Dritter danach, ob dem Dritten gegen den Schuldner (Versprechenden) ein eigener Anspruch auf die Leistung zusteht (§ 328 I) oder nicht. Beide Fallgruppen werden mit unterschiedlichen Bezeichnungen einander gegenübergestellt: Man spricht von echtem und unechtem Vertrag zugunsten Dritter,² berechtigendem und ermächtigendem Vertrag zugunsten Dritter³ oder Vertrag zu Rechten Dritter und einfachem Vertrag zugunsten Dritter.⁴ Abzulehnen ist der Begriff „*unechter* Vertrag zugunsten Dritter“: Wenn es den Vertrag zugunsten Dritter kennzeichnet, daß er die Verpflichtung zur Leistung an einen Dritten enthält und der Schuldner (Versprechende) durch die Leistung an den Dritten befreit wird, so ist auch *der* Vertrag ein (echter) Vertrag zugunsten Dritter, nach dem nur der Versprechensempfänger Leistung an den Dritten verlangen kann.

² Vgl. MünchKomm (Gottwald) § 328 Rn. 1f.; Palandt/Heinrichs § 328 Anm. 2a; § 329 Anm. 1 a, b; Enneccerus/Lehmann SchR § 34 IV (S. 147f.); Esser/E. Schmidt SchR I 2 § 36 (S. 234f.).

³ Vgl. Larenz SchR I § 17 I (S. 178f.); Esser SchR I § 53 I (S. 391f.); Fikentscher SchR § 37 I 2 (S. 149f.); Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 828f.

⁴ Vgl. Hadding, Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter, Tübingen 1970, S. V (zu § 1 II 1) u.ö.

Die Bezeichnung „ermächtigender Vertrag zugunsten Dritter“ enthält die Aussage, daß der Vertrag entweder dem Versprechenden oder dem Dritten eine Ermächtigung erteilt, als deren Wirkung zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger Erfüllung eintritt, wenn der Versprechende an den Dritten leistet. Der Vertrag zugunsten Dritter verpflichtet, wie sich erweisen wird, den Versprechenden in der Regel zu einer Anweisungsleistung, also zur Leistung an den Dritten „für Rechnung“ des Versprechensempfängers. Die Vertragserklärung des Versprechensempfängers enthält damit eine „Anweisung“ die den Versprechenden analog §§ 164 ff. ermächtigt, an den Dritten mit Wirkung gegenüber dem Versprechensempfänger (Durchgangserwerb) zu leisten. Ist der Versprechende *ausnahmsweise* zu einer direkten *Eigenleistung* an den Dritten verpflichtet, so tritt die Erfüllung im Deckungsverhältnis nach §§ 362 II, 185 I ein. Eine Ermächtigung im eigentlichen Sinn liegt dann *nur* vor, wenn man die Annahme der Leistung als Verfügung des Dritten über die Forderung des Versprechensempfängers ansieht. Dies war, wie sich aus der Verweisung auf § 185 in § 362 II und aus den §§ 1812, 1813 ergibt, der Standpunkt des Gesetzgebers. Ihn machte sich die allgemeine Vertragstheorie zur Erfüllung⁵ zu eigen. Die nunmehr h. M. lehnt diese Konstruktion ab.⁶ Nach ihr wird der Dritte durch die Zustimmung des Gläubigers (Versprechensempfängers) zur Leistung an ihn „empfangszuständig“.⁷ Die Empfangszuständigkeit soll sich nach den gleichen Grundsätzen richten wie die Verfügungsmacht.⁸ Auch so ist also der Empfang der Leistung durch den Dritten einer Verfügung über die Forderung immerhin ähnlich. Daher kann die Verleihung der Empfangszuständigkeit an den Dritten als Ermächtigung verstanden werden, d. h. als Verleihung der Befugnis zum Tätigwerden in einem fremden Rechtskreis.⁹ Die Ermächtigung entweder des Versprechenden zur Anweisungsleistung (analog §§ 164 ff.) oder des Dritten zum Empfang einer direkten Leistung des Versprechenden mit Wirkung gegenüber dem Versprechensempfänger (§§ 362 II, 185 I) ist auch beim *berechtigenden* Vertrag zugunsten Dritter notwendig, damit im Verhältnis des Versprechenden zum Versprechensempfänger (Deckungsverhältnis) Erfüllung eintreten kann. Daß der Versprechende beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter auch zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten leistet, ändert daran nichts. *Der einfache und der berechtigende Vertrag zugunsten Dritter ermächtigen also in gleicher Weise.* Der berechtigende Vertrag verschafft dem Dritten überdies einen eigenen Anspruch gegen den Versprechenden. Daher ist es korrekt, von einem berechtigenden und einem „lediglich“ oder „bloß“ ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter zu sprechen.¹⁰ Ohne diesen umständlichen Zusatz entsteht jedoch der Eindruck, der be-

⁵ Vgl. v. Tuhr AT II 2, S. 82; Krefß SchR I, S. 446; Fikentscher SchR § 38 II 6 (S. 161); Lent, Anweisung, S. 7f.

⁶ Vgl. Siber SchR, S. 80; Esser SchR I § 26 I 3 (S. 151); Larenz SchR I § 18 I (S. 194f.); Gerhardt in: Athenäum-Zivilrecht I, S. 702 f., 704.

⁷ Larenz aaO; ihm folgend Gerhardt aaO.

⁸ Larenz aaO (m. Nachw.).

⁹ S. o. § 3 I.

¹⁰ Vgl. Esser SchR I § 53 I (S. 391); Fikentscher SchR § 37 I 2 a (S. 149).

rechtigende Vertrag zugunsten Dritter enthalte keine Ermächtigung. Gegen die Bezeichnung „ermächtigender Vertrag zugunsten Dritter“ spricht, daß unter der im Vertrag zugunsten Dritter enthaltenen Ermächtigung je nach der Auffassung von den Leistungsvorgängen Verschiedenes zu verstehen ist.

Sachlich angemessen und praktikabel ist hingegen die Unterscheidung des einfachen (nicht berechtigenden) und des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter (oder Vertrags zu Rechten Dritter). Diese Unterscheidung orientiert sich an dem wesentlichen Unterscheidungsmerkmal beider Vertragsgestaltungen, dem Bestehen oder Fehlen eines Rechts des Dritten, und sieht ab von den im einzelnen umstrittenen Leistungsvorgängen. Sie ist daher dogmatisch nicht angreifbar und bietet keinen Anlaß zu Mißverständnissen. Darum übernimmt die vorliegende Arbeit diese Terminologie.

§ 11: Der einfache Vertrag zugunsten Dritter

I. Der Bereicherungsausgleich

Nach einhelliger Meinung ist die Leistung des Versprechenden an den Dritten beim einfachen Vertrag zugunsten Dritter wie eine Anweisungsleistung zu behandeln.¹ Insbesondere kondiziert bei mangelhaftem Deckungsverhältnis der Versprechende vom Versprechensempfänger,² bei einem Mangel des Valutaverhältnisses der Versprechensempfänger vom Dritten.³ Der einfache Vertrag zugunsten Dritter dient typischerweise, wie die Anweisung, der „abgekürzten Lieferung“.⁴ Auch bei ihm haben die Parteien die Vorstellung, daß die Leistung des Versprechenden an den Dritten wie eine über den Versprechensempfänger führende Zuwendungskette wirkt. Sie sind, wie bei der Anweisung, an einer Leistung innerhalb der Kausalverhältnisse interessiert: Diese ermöglicht einen gegenseitigen Leistungsaustausch und damit die Anwendung der Saldotheorie. Sie erhält Gegenrechte (§ 273 BGB, § 369 HGB) und Aufrechnungsmöglichkeiten. Auf ihrer Grundlage trägt jede Partei das Risiko der Insolvenz oder Entreichung des Vertragspartners, nicht eines Dritten. Ein Interesse an einer direkten Leistung des Versprechenden an den Empfänger besteht nicht, ergibt sich vor allem nicht aus der Verpflichtung des Versprechenden zur Leistung an den Dritten. *Die Lösung der Bereicherungsprobleme für die Anweisungsfälle⁵ ist daher ohne Einschränkung zu übernehmen.*

¹ OLG Hamburg JZ 71, 425; Staudinger/Seufert § 812 Rn. 8 c, a; Soergel/Mühl § 812 Rn. 57, 58; v. Tuhr AT II 2, S. 100; Medicus Rn. 680; Kupisch, S. 100 N. 361; Kötter AcP 153 (1954), 197 N. 19; Lorenz AcP 168 (1968), 292, 297 und JuS 68, 443, 445; Peters AcP 173 (1973), 72.

² Vgl. BGH NJW 62, 1051; BGH BB 72, 903; OLG Köln NJW 66, 2364; RGRK (Ballhaus)¹² § 334 Rn. 11.

³ OLG Köln NJW 66, 2364.

⁴ Vgl. Lorenz AcP 168 (1968), 292.

⁵ S. o. §§ 4 f.

Das Fehlen oder der Mangel der Anweisung im Sinne der Ermächtigung des Angewiesenen zur Leistung „für Rechnung“ des Anweisenden hat tiefgreifenden Einfluß auf die Rückabwicklung der Anweisungsleistung.⁶ Dies gilt auch für einen *Mangel der „Anweisung“ des Versprechensempfängers* an den Versprechenden, „für seine Rechnung“ an den Dritten zu leisten. Diese „Anweisung“ tritt neben der Vertragserklärung, mit der der Versprechensempfänger das Deckungsverhältnis und die Leistungspflicht des Versprechenden begründet, nicht selbständig hervor. Es scheint daher, als bedeute ein Mangel des Deckungsverhältnisses stets zugleich einen Anweisungsmangel.⁷ Dies trifft indessen *nicht* zu. Die „Anweisung“ ist von der (schuldrechtlichen) Vertragserklärung des Versprechensempfängers zu unterscheiden. Sie wird freilich vom Versprechensempfänger praktisch ohne Ausnahme durch das Vertragsangebot oder die Annahme erklärt. Deshalb besteht in der Regel Fehleridentität, wenn der Mangel des Deckungsverhältnisses in der Person des Versprechensempfängers begründet ist (Willensmängel, Geschäftsunfähigkeit). Wirksam bleibt die „Anweisung“ jedoch, wenn das Deckungsverhältnis wegen Sittenwidrigkeit (§ 138) nichtig, aber die Sittenwidrigkeit auf das Verpflichtungsgeschäft beschränkt ist: Die Anweisung ist Teil des Vollzugsgeschäfts. Auch Mängel in der Person des *Versprechenden*, die zur Nichtigkeit des Deckungsverhältnisses führen, berühren im allgemeinen die Wirksamkeit der „Anweisung“ nicht.⁸ Eine Nichtigkeit der „Anweisung“ zugleich mit dem Vertrag zugunsten Dritter (Deckungsverhältnis) nach § 139 ist abzulehnen. Einmal ist die Anweisung als Ermächtigung zu einem Erfüllungsgeschäft mit Fremdwirkung Teil dieses Geschäfts und nach dem Abstraktionsprinzip vom Verpflichtungsgeschäft unabhängig. Vor allem aber fordert das Parteiinteresse die Unabhängigkeit der „Anweisung“: Nur bei wirksamer „Anweisung“ findet die Abwicklung innerhalb des Deckungsverhältnisses statt, wenn wegen dessen Nichtigkeit die Leistungen zurückzugewähren sind. Es ist eine wesentliche Funktion der „Anweisung“, die Rückabwicklung bei Mängeln des Deckungsverhältnisses zu steuern. Sie muß daher gerade in diesem Fall wirksam sein.

II. Sonstige Leistungsfolgen

Was für den Bereicherungsausgleich gesagt wurde, gilt auch für die übrigen Rechtsfolgen der Leistung des Versprechenden an den Dritten. Die Parteien wollen, daß diese Leistung die Wirkung einer Leistungskette mit Durchgangserwerb des Versprechensempfängers hat. So stellen sie sich die Leistungswirkung vor, nur diese Wirkung entspricht ihrem Interesse bei der dinglichen Übereignung, der Erfüllung (§ 362), der Mängelgewährleistung, dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung und

⁶ S. o. § 5 IV.

⁷ Lorenz (JZ 71, 428) weist darauf hin, daß sowohl das Deckungsverhältnis als auch die „Anweisung“ fehlt, wenn beim Vertragsschluß auf seiten des Versprechensempfängers ein falsus procurator tätig wurde (zustimmend Canaris NJW 72, 1198).

⁸ Vgl. jedoch § 131.

dem Rücktritt (§§ 346 ff.). Die durch die Leistung des Versprechenden an den Dritten „für Rechnung“ des Versprechensempfängers vollzogenen Zuwendungen des Versprechenden an den Versprechensempfänger, des Versprechensempfängers an den Dritten bestimmen auch die Gläubiger- und Konkursanfechtung.⁹ Es gilt in allem dasselbe wie für die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden, denn *die Leistung des Versprechenden an den Dritten beim einfachen Vertrag zugunsten Dritter ist eine Anweisungsleistung.*

§ 12: Der berechtigende Vertrag zugunsten Dritter

I. Die Berechtigung des Versprechensempfängers und des Dritten

Der berechtigende Vertrag zugunsten Dritter ermächtigt nicht nur, wie der einfache Vertrag, den Dritten zum Empfang der Leistung¹ oder den Versprechenden zur Leistung an den Dritten, sondern er verleiht dem Dritten zudem ein Forderungsrecht gegen den Versprechenden. Der Dritte ist nicht nur Leistungsempfänger, sondern zugleich Gläubiger des Versprechenden. Neben dem Anspruch des Dritten besteht häufig, aber nicht notwendig (vgl. § 335), wie beim einfachen Vertrag zugunsten Dritter, ein Anspruch des Versprechensempfängers auf Leistung an den Dritten. Auch der Versprechensempfänger hat dann ein eigenes *Forderungsrecht*,² nicht nur eine gesetzliche Einziehungsermächtigung hinsichtlich des dem Dritten zustehenden Anspruchs.³ Das Verständnis der Berechtigung des Versprechensempfängers als Einziehungsermächtigung widerspricht dem Wortlaut des § 335: Kann der Versprechensempfänger die Leistung an den Dritten im Zweifel „auch dann fordern, wenn diesem das Recht auf die Leistung zusteht“, so bedeutet das, daß der Versprechensempfänger beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter in der Regel dieselbe Rechtsposition wie beim einfachen Vertrag haben soll. Dies ergibt sich auch aus den Motiven⁴ und Protokollen⁵ zum BGB: Sie sprechen ausdrücklich von einem Forderungsrecht des Versprechensempfängers und sehen die Bedeutung des (nunmehrigen) § 335 darin, dem Mißverständnis vorzubeugen, daß neben dem Lei-

⁹ Vgl. Jaeger AnfG § 3 Rn. 75 ff.; Böhle-Stamschräder AnfG § 7 Anm. III 1; Jaeger/Lent KO § 30 Rn. 34 a, § 32 Rn. 20 ff.; Mentzel/Kuhn KO § 29 Rn. 18, § 30 Rn. 34, § 32 Rn. 16; Böhle-Stamschräder KO § 30 Anm. 3.

¹ S. o. § 10 II.

² BGH WarnRspr 1974 Nr. 9; RG 101, 275 (276); Staudinger/Kaduk § 335 Rn. 2; Soergel/R. Schmidt § 335 Rn. 1; RGRK (Ballhaus)¹² § 335 Rn. 1, 2; Palandt/Heinrichs § 335 Anm. 1; Enneccerus/Lehmann SchR § 35 IV 2 (S. 155); Larenz SchR I § 17 Ib (S. 182); Grunsky in: Athénäum-Zivilrecht I, S. 623 N. 18 a.

³ So Hadding AcP 171 (1971), 403 f.; zust. Staudinger/W. Lorenz¹² § 812 Rn. 38. Dagegen Grunsky aaO; Larenz aaO (N. 2).

⁴ II, 269 f.

⁵ I, 756.

stungsanspruch des Dritten für ein eigenes Forderungsrecht des Versprechensempfängers kein Raum sei.⁶ *Haddings* Vorschlag zielt darauf, die §§ 320 ff. nur im Verhältnis des Versprechenden zum *Dritten* anzuwenden. Damit wäre dem vom Versprechenden auf die Gegenleistung in Anspruch genommenen *Versprechensempfänger* die Berufung auf § 320 versagt, wenn der Versprechende noch nicht an den Dritten geleistet hätte. Durch die Vereinbarung, daß die Leistung an den Dritten erbracht werden und dieser forderungsberechtigt sein soll, will sich der Versprechensempfänger jedoch *nicht* der Rechte aus den §§ 320 ff. begeben.⁷ Nach *Hadding* stünden zudem der Klage des Versprechensempfängers, der das Recht des Dritten geltend macht, alle in der Person des Dritten begründeten Einwendungen entgegen. Nur ein *eigenes Forderungsrecht* genügt daher dem auf dem Valutaverhältnis beruhenden Interesse des Versprechensempfängers an der Leistung des Versprechenden an den Dritten, das durch die Auslegungsregel des § 335 geschützt wird.⁸ *Haddings* Vorschlag folgt einer besonders im Bereicherungsrecht erkennbaren Tendenz, die Wirkung des Schuldverhältnisses zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger abzuschwächen und das Verhältnis des Versprechenden zum Dritten aufzuwerten. So spricht *Lorenz*⁹ von dem „Hilfscharakter“ des lediglich auf § 335 gestützten Leistungszwecks. „Primäre Leistungscausa“ sei das Forderungsrecht des Dritten, auf dessen reale Erfüllung auch der Anspruch des Versprechensempfängers gerichtet sei.¹⁰ Die Auslegung der Berechtigung des Versprechensempfängers als Einziehungsermächtigung hinsichtlich der Forderung des Dritten bildet den Gegensatz zu Theorien, die im 19. Jahrhundert an den Anfängen des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter standen: Nach *Bährs* Klageermächtigungstheorie¹¹ war in erster Linie der Versprechensempfänger forderungsberechtigt. Es wurde jedoch eine (in der Regel stillschweigende) Ermächtigung des Dritten angenommen, den Anspruch des Versprechensempfängers geltend zu machen und einzuklagen. Auch nach dem Dresdener Entwurf Art. 203–207 erwirbt allein der Versprechensempfänger ein Recht unmittelbar aus dem Vertrag, der Dritte ist nur zur Geltendmachung dieses Forderungsrechts ermächtigt.¹² Die Regelung des BGB hält sich in der Mitte, sie gibt sowohl dem Versprechensempfänger als auch dem Dritten ein selbständiges Forderungsrecht.

Der Dritte ist nach § 328 aufgrund des Vertrags zwischen dem Versprechenden

⁶ Vgl. Prot. aaO.

⁷ Grunsky aaO.

⁸ Staudinger/Kaduk § 335 Rn. 2; Larenz aaO.

⁹ AcP 168 (1968), 294.

¹⁰ Lorenz AcP 168 (1968), 295/296.

¹¹ JhJ 6 (1863), 147, 154 f.; AcP 67 (1884), 168 f.; Urteile des Reichsgerichts, S. 86. *Dagegen* bes. Regelsberger AcP 67 (1884), 14 f.; Georgi, S. 25.

¹² Vgl. Mot. (zum BGB) II, 267. Der Entwurf wurde von einer in Dresden tagenden Kommission des Deutschen Bundes ausgearbeitet und im Jahr 1866 vorgelegt. Er enthielt ein gemeinsames Obligationenrecht für die Staaten des Deutschen Bundes (vgl. Enneccerus/Nipperdey AT § 11 III, S. 43/44; J. W. Hedemann, Der Dresdener Entwurf von 1866, Berlin 1935).

und dem Versprechensempfänger forderungsberechtigt, aber er ist *nicht* Vertragspartei,¹³ d. h. er ist nicht Abschlußbeteiligter¹⁴ und ihm stehen nicht die Rechte zu, die sich über den Anspruch auf die Leistung hinaus aus dem Deckungsverhältnis ergeben. Nach h. M. hat der Dritte insbesondere keine Gestaltungsrechte, die den Bestand des gesamten Vertragsverhältnisses berühren.¹⁵

Das Recht des Dritten entsteht aus dem Vertrag zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger. Der berechtigende Vertrag zugunsten Dritter ist Entstehungsgrund des Rechts. Daher ist es den Einwendungen des Versprechenden aus dem Vertrag ausgesetzt (§ 334). Die Motive¹⁶ halten es für selbstverständlich, „daß das Forderungsrecht des Dritten durch den Vertrag und den Inhalt des Vertrags, wie begründet, so bestimmt wird“. Das Recht des Dritten entsteht *unmittelbar* aus dem Vertrag, zunächst in dem Sinn, daß irgendeine Mitwirkung, ein Beitritt des Dritten, ja selbst eine an den Dritten gerichtete Erklärung des Versprechenden oder Versprechensempfängers zur Entstehung des Rechts des Dritten nicht erforderlich sind.¹⁷ Der Dritte erwirbt das Recht lediglich, weil der Versprechende und der Versprechensempfänger dies wollen.¹⁸ Daneben und vor allem spricht man jedoch von einem unmittelbaren Rechtserwerb aus dem Vertrag, um zu kennzeichnen, daß der Dritte direkt aus dem Vermögen des Versprechenden (ohne Durchgang durch das Vermögen des Versprechensempfängers) erwirbt. Dies wird unten (unter II) näher ausgeführt.

Der Inhalt des Rechts des Dritten ist nicht zureichend bestimmt mit der bloßen Feststellung, er könne Leistung an ihn selbst verlangen. Auch hier ist zu unterscheiden, ob der Dritte eine unmittelbare Eigenleistung des Versprechenden oder eine Leistung des Versprechenden „für Rechnung“ des Versprechensempfängers verlangen kann. Möglich sind beide Gestaltungen des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter (§ 305). Was „im Zweifel“ anzunehmen ist, muß eine Analyse der Leistungs- und Rückabwicklungsinteressen der Parteien ergeben. Ein Indiz für die Lösung dieser Frage gibt bereits die Regelung des *Rechtserwerbs* des Dritten. Es ist zwar nicht notwendig, aber wahrscheinlich, daß die Parteien den Rechtserwerb des Dritten (direkt vom Versprechenden oder mit Durchgangserwerb des Versprechensempfängers) ebenso regeln, wie die vom Versprechenden an den Dritten zu erbringende Leistung vorgenommen werden soll.

¹³ Soergel/R. Schmidt § 328 Rn. 4; RGRK (Ballhaus)¹² § 328 Rn. 27, § 335 Rn. 5; Staudinger/Kaduk § 328 Rn. 24; Esser/E. Schmidt SchR I 2 § 36 II (S. 235); Grunsky in: Athenäum-Zivilrecht I, S. 624; Hadding, S. 11.

¹⁴ Hadding aaO.

¹⁵ S. u. § 12 IV 3b.

¹⁶ II, 272.

¹⁷ Mot. II, 268 f.; RG 71, 324 (325, 328); Staudinger/Kaduk § 328 Rn. 2; RGRK (Ballhaus)¹² § 328 Rn. 18; MünchKomm (Gottwald) § 328 Rn. 2; Enneccerus/Lehmann SchR § 34 II (S. 146).

¹⁸ Enneccerus/Lehmann aaO.

II. Der Rechtserwerb des Dritten nach § 328

Nach h.M.¹⁹ erwirbt der Dritte aufgrund des Vertrags aus dem Vermögen des Versprechenden ein neu entstehendes Recht. Doch hat es von jeher Gegenstimmen gegeben.²⁰ Zu ihnen sind auch die Theorien zu rechnen, die beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall das Verhältnis des Versprechensempfängers zum Dritten erbrechtlich auffassen.²¹

1. Der Wortlaut des Gesetzes und die Materialien

Die Frage des Rechtserwerbs des Dritten ist im BGB und, für die Lebensversicherung auch im VVG, nicht ausdrücklich geregelt. Das BGB spricht in §§ 328 I, 329 und 330 von einem „unmittelbaren“ Rechtserwerb des Dritten, in § 333 davon, daß der Dritte das Recht „aus dem Vertrag“ erwirbt. „Unmittelbarer“ Rechtserwerb des Dritten kann Verschiedenes bedeuten:

- a) einen Rechtserwerb des Dritten ohne seinen Beitritt zum Vertrag oder eine sonstige Mitwirkung,
- b) die Entstehung des Rechts allein aufgrund des Vertrags zugunsten des Dritten ohne Hinzutreten anderer rechtserzeugender Tatbestände (Zession, Erbfolge usw.),
- c) beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall: Erwerb des Dritten „nicht aus dem Nachlaß“, d.h. nicht im Wege der erbrechtlichen Universalsukzession, vielmehr durch Sondererbfolge,²² eine vermächtnisähnliche Zuwendung²³ oder durch

¹⁹ Vgl. RG 24, 337 (339); 51, 403 (404f.); 54, 94 (96f.); 61, 217 (219); 71, 324 (327); 80, 175 (177); 127, 269 (271); OLG Nürnberg VersR 69, 608; MünchKomm (Gottwald) § 330 Rn. 13; v. Tuhr AT II 1, S. 36; Lange/Kuchinke ErbR § 31 II 2 (S. 451f.); O.M. v. Gierke, S. 19f.; Kühlhorn, S. 78f., 80f.; Harder, S. 129f.; Ehrenberg JhJ 41 (1900), 361. Zur *Dogmenschichte* des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter vgl. Hellwig, Verträge, S. 1ff.; Gareis, S. 51ff.; Georgi, S. 5ff.; Weise, S. 2ff.; Wesenberg, S. 6ff.; U. Müller, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter, Stuttgart u.a. 1969; Gottschalk VersR 76, 797ff. *Rechtsvergleichend*: Zweigert/Kötz Bd. 2, S. 146ff. (m. Nachw.); D. König, Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragsleistung nach französischem Recht, Berlin 1967; H.-A. Kunisch, Die Voraussetzungen für Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen, „Rückgriffskondition“ und „Kondition gegen Drittempfänger“, Berlin 1968 (zum amerikanischen Recht); F. Kessler, Festschr. f. Wahl, S. 81ff. (zum amerikanischen Recht).

²⁰ Vor allem Brecher AllgÖsterrGerZ 53 (1902), 303f., 355, 363, 373; bei nachträglicher Begünstigung des Dritten: RG 62, 46 (48); 66, 158 (161); 153, 220 (227f.). Nach BGH 7, 134 (142f.) hängt die Art des Rechtserwerbs von den Parteivereinbarungen im Einzelfall ab.

²¹ Eine *vermächtnisähnliche* Lösung vertreten Heck SchR § 50, 4 (S. 149); v. Lübtow ErbR II, S. 1235f.; Stübler, S. 38, 49; Harder FamRZ 76, 426f. Eine *Sondererbfolge* nehmen an: Kipp/Coing ErbR § 81 IV 3a (S. 346); Zehner AcP 153 (1954), 452f.; Hoffmann AcP 158 (1959/1960), 194f.; Finger JuS 69, 309f.; ders. WM 70, 374f.; ders. NJW 70, 954f. und NJW 72, 498; Sieg, Festschr. f. Klingmüller, S. 457.

²² S.o. N. 21.

²³ S.o. N. 21.

Zuwendung unter Lebenden²⁴ aus einem Sondervermögen des Erblassers neben dem Nachlaß,²⁵

d) das Recht des Dritten ist nicht aus einem zuvor bestehenden Recht des Versprechensempfängers abgeleitet (originärer Erwerb), stammt jedoch aus dessen Vermögen,²⁶

e) der Dritte erwirbt das Recht ursprünglich (originär) aus dem Vermögen des Versprechenden, wie die h.M.²⁷ die Unmittelbarkeit des Rechtserwerbs versteht.

Die Formulierung „unmittelbarer Rechtserwerb“ findet sich häufig in den Materialien zum Gesetz. Es wird indessen bestritten, daß hier „Unmittelbarkeit“ des Rechtserwerbs einen ursprünglichen Rechtserwerb des Dritten vom Versprechenden bedeutet. „Unmittelbarkeit“ heiße vielmehr im Gesetz und den Materialien nur: ohne eine Annahmeerklärung oder einen Beitritt des Dritten. Die Formulierung sei ausschließlich gegen die im 19. Jahrhundert vertretene Akzeptions- oder Beitrittstheorie²⁸ gerichtet. Es sei daher eine Begriffsvertauschung, wenn das Wort „unmittelbar“ zur Begründung der Ursprünglichkeit des Rechtserwerbs des Dritten herangezogen werde.²⁹ In der Tat verwenden die Gesetzesmaterialien das Wort „unmittelbar“ an einigen Stellen in dem von *Heck* angenommenen Sinn.³⁰ Aus einem „unmittelbaren“ Erwerb des Dritten im Sinne eines Erwerbs ohne seine Mitwirkung, allein aufgrund des Vertrags zu seinen Gunsten, folgt aber nicht, daß der Dritte ursprünglich, d.h. ein neu entstehendes Recht aus dem Vermögen des Versprechenden erwirbt.³¹ Freilich kommt es nicht allein auf das Wort „unmittelbar“ an, auch wenn die Rechtsprechung, insbesondere des Reichsgerichts, sich daran klammerte. Die Motive³² und Protokolle³³ sprechen mehrfach davon, daß der Dritte ein „selbständiges“ Recht erwirbt. Das bedeutet nach damaliger Terminologie: ein neu entstehendes, originär erworbenes Recht.³⁴ In den Motiven³⁵ wird „das Versprechen der Leistung an einen Dritten ... als allgemeines Rechtsinstitut mit Wirkung der unmittelbaren Entstehung eines selbständigen Forderungsrechts für

²⁴ BGH 41, 95 (97); 46, 198 (203/204); BGH NJW 1965, 1913 (1914); RG 128, 187 (189); Staudinger/Ferid § 2325 Rn. 16; Erman/H. P. Westermann § 331 Rn. 3, 7; RGRK (Kregel)¹² § 2301 Rn. 17; Lange/Kuchinke ErbR § 31 II 2 (S. 451f.); Leipold ErbR § 17 II (S. 187f.); Hinz JuS 65, 304.

²⁵ Hellwig, Verträge, S. 360; O. M. v. Gierke, S. 26f.; Fricke, S. 18.

²⁶ Vgl. v. Tuhr AT II 1, S. 36.

²⁷ S. o. N. 19.

²⁸ Vgl. dazu Georgi, S. 15f. und Gareis, S. 58f. (jeweils m. Nachw.). Dieser Theorie folgten der Cod. Max. Bav. Civilis von 1756 (Teil IV Kap. I § 13) und das Preuß. ALR (Teil I Tit. 5 §§ 74f.).

²⁹ So Heck SchR § 50, 4 (S. 149); ders. Interessenjurisprudenz, S. 24; ihm folgend: Heilmann ZHR 113, 87 und O. M. v. Gierke, S. 26; ebenso Hoffmann AcP 158 (1959/1960), 191, 193, 195. *Dagegen*: Harder, S. 130.

³⁰ Mot. II, 266, 268; Denkschrift, S. 76.

³¹ So auch O. M. v. Gierke, S. 25.

³² II, 266, 268.

³³ I, 754.

³⁴ Vgl. O. M. v. Gierke, S. 27; Busch, S. 46; Karlowa, S. 69; Gareis, S. 269.

³⁵ II, 266.

den Dritten“ der „Durchgangstheorie“, nach der zunächst der Versprechensempfänger den Anspruch gegen den Versprechenden und von ihm der Dritte erwirbt, entgegengesetzt. Klar sagt auch *Elster*:³⁶ „Das Recht des Dritten fußt vollständig auf einem ihm fremden Vertrag, sein Recht ist ein selbständiges, ein vom Rechte des Promissars unabhängiges. Der Dritte hat sein Recht nicht vom Promissar erhalten, d.h. der Promissar hat das Recht dem Dritten nicht zediert, sondern um des Promissars Willen hat sich der Promittent direkt dem Dritten verpflichtet. Der Rechtserwerb des Dritten ist ein durchaus originärer; das durch den Vertrag des Versicherungsnehmers mit der Versicherungsgesellschaft begründete Forderungsrecht ist unmittelbar in der Person des begünstigten Dritten zur Entstehung gekommen und hat in der Person des Dritten seinen Anfang genommen“. Daß der Gesetzgeber von einem originären Erwerb des Dritten ausging, ergibt sich weiter daraus, daß er die Regelung der jetzigen §§ 328 ff. im Bewußtsein³⁷ der vorausgegangenen Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Preußischen Recht³⁸ traf, in der das Gericht bei der Lebensversicherung zugunsten Dritter den Nachlaßgläubigern den Zugriff auf die Versicherungssumme versagte.³⁹ Ein weiteres Indiz sind die Verhandlungen der zweiten Kommission: Als die Auslegungsregel des jetzigen § 332 in den Entwurf eingefügt werden sollte, nach der die Bezeichnung des begünstigten Dritten auch in einer letztwilligen Verfügung abgeändert werden kann, wurde der Einwand erhoben, es könne „dadurch das Mißverständnis entstehen, daß z. B. bei einem Lebensversicherungsvertrage die Bestimmung des Bezugsrechts in einer letztwilligen Verfügung den Nachlaßgläubigern das Recht gebe, sich an die Versicherungssumme als an einen Bestandteil der Nachlaßmasse zu halten“. ⁴⁰ Beweiskräftig ist schließlich eine Stelle der Denkschrift:⁴¹ „Andererseits versteht es sich von selbst, daß der Versprechende eine ihm gegen den Empfänger des Versprechens zustehende Forderung nicht gegen die Forderung des Dritten aufrechnen kann, da der letztere sein Recht nicht von dem Empfänger herleitet, sondern unmittelbar durch den Vertrag erwirbt“.

Wird das Wort „unmittelbar“ durch die erste und zweite Kommission auch mehrdeutig verwendet, so ergeben doch ihre Ausführungen im ganzen, daß sie von einem originären Erwerb des Dritten aus dem Vermögen des Versprechenden ausgehen. Der *Wortlaut des Gesetzes* (§§ 328 ff.) läßt indessen auch die Auslegung zugunsten eines abgeleiteten Rechtserwerbs zu. Die Materialien stellen „keine bindende Richtschnur für den Ausleger dar, der vielmehr nicht selten von ihnen abweichen wird, weil die Normvorstellungen der Gesetzesverfasser regelmäßig hinter den Anwendungsmöglichkeiten der Norm zurückbleiben“. ⁴²

³⁶ Verh. d. 16. DJT (1882) I, S. 211/212.

³⁷ Vgl. Mot. II, 266.

³⁸ RG 1, 191; 380.

³⁹ Darauf hat Hinz JuS 65, 302 hingewiesen.

⁴⁰ Prot. I, 760.

⁴¹ S. 77.

⁴² Larenz, Methodenlehre, S. 317.

2. Der dogmatische Rahmen der Auslegung

a) Die Lehre vom Rechtserwerb

Die allgemeine Theorie des Rechtserwerbs läßt mehrere Konstruktionen für den Rechtserwerb des Dritten zu. Auch eine Rechtsnachfolge des Dritten nach dem Versprechensempfänger ist konstruierbar. Sie entspricht sogar der überwiegenden Meinung⁴³ bei *nachträglicher Begünstigung*, wenn also der Versprechensempfänger zunächst Leistung an ihn selbst verlangen konnte oder ein einfacher Vertrag zugunsten Dritter vorlag und erst später ein Recht des Dritten auf die Leistung begründet wurde. Die Ableitung des Rechts des Dritten aus dem des Versprechensempfängers und die Identität beider Rechte ist bei *nachträglicher Begünstigung* eine naheliegende Vorstellung. Aber auch bei *anfänglicher Begünstigung* ist ein abgeleiteter Erwerb des Dritten vom Versprechensempfänger nicht ausgeschlossen. Das *Reichsgericht*⁴⁴ führt zur Zuwendung eines Anspruchs im Wege des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter aus: „Zum Begriff der Rechtsnachfolge gehört es nicht, daß das Recht in seinem vollen Umfang übergeht, auch nicht, daß das abgeleitete Recht in der Person des Erwerbers oder neuen Berechtigten ganz dasselbe ist wie in der Person des Rechtsvorgängers, ebensowenig daß es zeitlich schon vor dem Rechtsübergang in der Person des Rechtsurhebers bestanden hat. Vollends belanglos ist endlich der Weg, auf dem sich der Rechtsübergang vollzieht. Rechtsnachfolge liegt nicht bloß vor, wenn das Recht durch Übertragungsvertrag, sondern auch wenn es kraft Gesetzes übergeht (§§ 412, 413 BGB) oder wenn der Richter es überträgt. Es ist kein Grund ersichtlich, warum dies anders sein soll, wenn im Wege des Vertrags zugunsten Dritter eine Teilabtretung erfolgt ...“. Das Gericht nimmt deshalb eine Rechtsnachfolge des Dritten nach dem Versprechensempfänger an. Seine Auffassung der Rechtsnachfolge entspricht der allgemeinen Rechtstheorie. Auch neu entstehende Rechte können abgeleitet (derivativ) erworben werden, wenn sie „aus der Substanz des alten Rechts entnommen sind“ (konstitutive Sukzession):⁴⁵ Der Eigentümer bestellt z. B. ein Pfandrecht. Die Rechtsnachfolge erfordert nicht Identität des Rechts des Vorgängers und des Rechtsnachfolgers.⁴⁶ Doch kennzeichnet es den abgeleiteten Erwerb, daß er sich auf das Recht des Rechtsvorgängers stützt, daß dieses Recht eine Voraussetzung des Erwerbs bildet. Der Erwerb ist von diesem Recht abhängig,⁴⁷ das Bestehen des Rechts des Vorgängers gehört zum Tatbestand des Rechtserwerbs.⁴⁸ Es ist also nicht die gegenständliche Identität, sondern nur *Substanzgleichheit* des alten und des neuen Rechts erforderlich. *Daher schließt die*

⁴³ Vgl. RG 62, 46; 66, 158; 153, 227; Jaeger/Lent KO § 32 Rn. 24; Mentzel/Kuhn KO § 32 Rn. 18; Böhle-Stamschröder KO § 32 Anm. 5; Soergel/R. Schmidt § 330 Rn. 6. *Anderer Ansicht:* Fricke, S. 3; Hengehold, S. 43f.; Rückbeil, S. 14; Harder, S. 134/135.

⁴⁴ RG 124, 135 (138f.).

⁴⁵ v. Tuhr AT II 1, S. 35; Enneccerus/Nipperdey AT § 139 II 2 (S. 872).

⁴⁶ RG aaO; v. Tuhr aaO.

⁴⁷ Enneccerus/Nipperdey AT § 139 I 1 (S. 870).

⁴⁸ v. Tuhr aaO.

Tatsache, daß ein ursprünglicher (originärer) Rechtserwerb vorliegt, einen abgeleiteten (derivativen) Erwerb nicht aus.

die Vorstellung einer rechtsbegründenden (konstitutiven) Rechtsnachfolge paßt ohne weiteres für den Fall der nachträglichen Begünstigung, bei der zunächst allein der Versprechensempfänger einen Anspruch gegen den Versprechenden hat, von dem das Recht des Dritten abgeleitet sein kann. Dagegen bereitet es bei der *anfänglichen Begünstigung* Schwierigkeiten, einen abgeleiteten Erwerb des Dritten vom Versprechensempfänger zu begründen, zumal dann, wenn dem Versprechensempfänger *kein* Anspruch im Sinne des § 335 zusteht. *Hellwig*⁴⁹ hat daher, im wesentlichen für Fälle des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter, eine „Rechtsnachfolge durch Rechtsverleihung“ vertreten: Der Dritte sei Rechtsnachfolger des Versprechensempfängers, weil seine Berechtigung durch die des Versprechensempfängers und durch die Wirksamkeit des Versprechens der Leistung an den Dritten sowie die darin liegende Verfügung des Versprechensempfängers bedingt sei. Bei der nachträglichen Begünstigung, bei der der Vertragsschluß und die Verleihung des Rechts an den Dritten auseinanderfallen, sei es handgreiflich, daß der Versprechensempfänger – nicht der Versprechende – dem Dritten die Forderung, damit indirekt auch den geschuldeten Gegenstand, zuwende.⁵⁰ Werde der Dritte alsbald bei Vertragsschluß bestimmt, gelte dasselbe, es sei nur nicht so deutlich erkennbar. Auch hier erwerbe der Dritte das Recht durch eine Verfügung des Versprechensempfängers und dessen Veräußerungsfähigkeit sei Voraussetzung des Rechtserwerbs.⁵¹ *Hellwigs* Konstruktion einer „Rechtsnachfolge durch Rechtsverleihung“ ist von der h.M. nicht angenommen worden.⁵² *Von Tuhr*, einer der entschiedensten Kritiker *Hellwigs*, vertritt jedoch eine ähnliche Lösung:⁵³ Er leugnet einen Rechtserwerb des Dritten vom Versprechensempfänger. Der Dritte erwerbe eine zuvor nicht existierende Forderung originär durch das Versprechen des Versprechenden. Er verdanke diesen Erwerb allerdings einer *Zuwendung* des Versprechensempfängers, da dieser ihm die Forderung durch sein Rechtsgeschäft, den Vertrag zugunsten des Dritten, und auf seine Kosten verschaffe. Eine Zuwendung könne auch auf anderem Wege als durch Übertragung eines Rechts stattfinden. In dem entscheidenden Punkt der Zuwendung des Versprechensempfängers an den Dritten ist v. *Tuhr* also mit *Hellwig* einig.

Zu diesen Möglichkeiten, den Rechtserwerb des Dritten zu verstehen, kommt eine Form der Zuwendung und des Erwerbs hinzu, die in diesem Zusammenhang nicht erörtert wird: die *Anweisungsleistung*. Wie der Angewiesene dem Empfänger einen Gegenstand „für Rechnung“ des Anweisenden zuwenden kann, so können beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter der Versprechende und der Versprechensempfänger vereinbaren, daß der Dritte den Anspruch gegen den Versprechenden „für Rechnung“ des Versprechensempfängers erwerben soll. Sieht man das

⁴⁹ Rechtskraft § 41 II (S. 280f.); Lehrbuch I § 40 II 5 (S. 284 ff.).

⁵⁰ *Hellwig*, Rechtskraft, § 40 II (S. 281).

⁵¹ *Hellwig aaO* (S. 281 N. 7).

⁵² Vgl. v. *Tuhr* AT II 1, S. 36; *Oertmann BGB* § 328 Anm. 2.

⁵³ *AaO*; vgl. auch *Oertmann RuW* 1914, 239 und *AcP* 138 (1934), 72 f.

Wesen der Anweisungsleistung in einem *dinglichen Durchgangserwerb* des Anweisenden, so erwirbt auf diese Weise der Dritte den Anspruch vom Versprechensempfänger. Auch dann findet ein originärer Erwerb der Forderung aus dem Vermögen des Versprechenden statt, denn das Versprechen einer Leistung, die Einräumung einer Forderung ist stets eine Zuwendung aus dem Vermögen des Versprechenden: Aus seinem Vermögen ist die begründete Schuld zu erfüllen, sein Vermögen haftet für sie.⁵⁴ Allerdings ist es bei der Anweisungsleistung der Versprechensempfänger, der originär vom Versprechenden erwirbt. Von ihm erwirbt der Dritte abgeleitet.

b) Begriff und Wesen des Vertrags zugunsten Dritter

Es ist behauptet worden, daß die Annahme eines abgeleiteten Erwerbs des Dritten vom Versprechensempfänger „mit Begriff und Wesen eines Vertrags zugunsten Dritter geradezu in Widerspruch stehe“.⁵⁵ Die Vorstellung eines Vertrags zugunsten Dritter, bei dem der Dritte sein Recht vom Versprechenden, aber mit Zwischenerwerb des Versprechensempfängers erwirbt, verstößt indessen nicht gegen logische oder ontologische Grundlagen des Rechts. Es gibt kein vorgegebenes, etwa aus der „Natur der Sache“⁵⁶ begründetes Modell und keinen apriorischen Begriff⁵⁷ des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter. Auch der Satz „alteri stipulari nemo potest“ besaß nur positivrechtliche und schon bald eingeschränkte Geltung.

c) Die Institutionengeschichte

Eine konstruktiv-dogmatische Begründung für einen originären Rechtserwerb des Dritten beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter sucht *Gottschalk*⁵⁸ aus den entwicklungsgeschichtlichen Zusammenhängen zu gewinnen, in denen der Vertrag zugunsten Dritter steht. „Die individualistische Bezogenheit der Forderung, ihr Haften am bisherigen Gläubiger, wird durch das kollektivistische Wesen des Vertrages aufgehoben“ (S. 801). So sei der Gedanke des abgeleiteten Forderungserwerbs mit dem des Vertrags verbunden. Darum habe man den Rechtserwerb des Dritten beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter zu Recht solange zessionsähnlich als abgeleiteten Erwerb verstanden, als der Dritte Vertragsschließender war, d.h. dem zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger geschlossenen Vertrag beitrug, ein dahingehendes Angebot des Versprechenden oder Versprechensempfängers oder eine Kollektivofferte beider annahm. Aber: „Der Vertrag zugunsten Dritter in seiner heutigen Gestalt bedeutet die Negierung des Vertrags als Form des Miteinanderhandelns“ (S. 801). Der Versprechensempfänger und der Dritte seien nun als Rechtssubjekte isoliert voneinander. Der Subjektwechsel hinsichtlich der gegen den Versprechenden gerichteten Forderung sei daher bei ihm

⁵⁴ Vgl. Larenz SchR II § 47 I (S. 157).

⁵⁵ RG 24, 337 (339); dagegen bes. Brecher AllgÖsterrGerZ 53 (1902), 355.

⁵⁶ Vgl. die Beiträge von Gutzwiler, Maihofer, Bobbio, Baratta und Schambeck in: Die ontologische Begründung des Rechts, Hrsg. Arthur Kaufmann, Darmstadt 1965.

⁵⁷ Vgl. Reinach, Zur Phänomenologie des Rechts, München 1953, S. 11 f.

⁵⁸ VersR 76, 797 ff.

individualistisch zu deuten: Der Dritte sei nicht Rechtsnachfolger des Versprechensempfängers, sondern erwerbe originär. Damit habe sich ein „Strukturwandel des Rechtsinstituts“ (S. 802) vollzogen, der etwa Mitte des 19. Jahrhunderts einsetze und daran ablesbar sei, daß sich seit dieser Zeit die Theorie des originären Rechtserwerbs des Dritten im Vordringen befinde⁵⁹ (S. 798). Es ist wahrscheinlich, daß sich ohne den Verzicht auf den Vertragsbeitritt des Dritten die Lehre von seinem originären Rechtserwerb nicht durchgesetzt hätte. Dies begründet jedoch keine notwendige Verknüpfung der beiden Theorien, schließt insbesondere einen abgeleiteten Rechtserwerb des Dritten ohne seinen Vertragsbeitritt, allein aufgrund des Vertrags zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger nicht aus. Historische Entwicklungen und Traditionen heben die Gestaltungsfreiheit der jeweiligen Gegenwart nicht auf. Individualismus und Kollektivismus mögen als Begriffe der Rechtsgeschichte eine geistige Haltung oder eine Epoche des Rechtsdenkens beschreiben und interpretieren. Als überindividuelle Mächte mit Zwangscharakter oder normativer Kraft sind sie nicht zu verstehen.

3. Die Systematik des Gesetzes

Daß im Fall des § 328 ein originärer Rechtserwerb des Dritten vom Versprechenden anzunehmen ist, ergibt sich nach *Heilmann*⁶⁰ aus der Systematik des allgemeinen Schuldrechts. Da für den Vertrag zugunsten Dritter im Gesetz Bestimmungen wie §§ 398, 414f. fehlen, nach denen die objektive Identität des Anspruchs bei einem Wechsel des Aktiv- oder Passivsubjekts gewahrt sei, müsse ein ursprünglicher Rechtserwerb des Dritten angenommen werden (S. 92f.). Da für den Vertrag zugunsten Dritter eine positivrechtliche Ausnahmeregel fehle, komme die „den Gesetzen der Logik entsprechende Grundregel“ zum Zuge, daß ein Anspruch mit der Trennung von der Person des Gläubigers aufgehoben werde (S. 93). Daß die Vorstellung eines Subjektswechsels bei Wahrung der Identität der Forderung Gesetzen der formalen Logik oder einer Sachlogik des Rechts widerspreche, ist bloße Behauptung. Wie der Rechtserwerb des Dritten zu verstehen ist, kann sich nur aus dem geltenden bürgerlichen Recht ergeben. Fehlen für den berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter gesetzliche Bestimmungen über die Identität des Rechts trotz Subjektswechsels, wie sie für die Abtretung und die befreiende Schuldübernahme getroffen wurden, so ist die erkannte Gesetzeslücke durch Analogie oder *argumentum e contrario* auszufüllen. Den Vorrang hat jedoch die Auslegung der §§ 328ff. selbst.

4. Die Gleichbehandlung von anfänglicher und nachträglicher Begünstigung

Es ist, soweit ersichtlich, allgemeine Ansicht,⁶¹ daß es keinen Unterschied geben darf zwischen dem Rechtserwerb des Dritten bei anfänglicher und bei nachträglicher

⁵⁹ Gottschalk beruft sich dafür auf Kürz, S. 65, und Wesenberg, S. 127, 129.

⁶⁰ ZHR 113, 92f.

⁶¹ v. Tuhr AT II 1, S. 36; Köhlhorn, S. 78f.; O. M. v. Gierke, S. 26; Harder, S. 134f.; Ehrenberg JhJ 41 (1900), 361, 381; Wienandts ZVW 1935, 40, 42.

cher Begünstigung. Es könne die rechtliche Beurteilung nicht beeinflussen, ob zwischen dem Abschluß eines Lebensversicherungsvertrags und der Vereinbarung der Drittbegünstigung eine längere Zeitspanne liege oder ob beide Zeitpunkte immer näher aneinander rückten, bis sie schließlich zusammenfielen, also eine ursprüngliche Drittbegünstigung vorliege.⁶² Die zeitliche Folge von Vertragsschluß und Drittbegünstigung kann wohl die äußeren Voraussetzungen für die Konstruktion des Rechtserwerbs des Dritten verändern, nicht aber die den Rechtserwerb bestimmenden *Wertungen*. Da diese konstant bleiben, ist der Rechtserwerb des Dritten bei anfänglicher und nachträglicher Begünstigung gleich zu verstehen. Was immer im Einzelfall den Zeitpunkt bestimmt, in dem die Drittbegünstigung vereinbart wird, die Parteien verbinden damit *nicht* die Absicht, dem Dritten eine jeweils verschiedene Rechtsstellung zu verleihen. Freilich ist die Forderung nach einer einheitlichen Konstruktion des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter ambivalent: Eine einheitliche Regelung für anfängliche und nachträgliche Begünstigung kann einen originären Rechtserwerb des Dritten vom Versprechenden⁶³ oder einen abgeleiteten Rechtserwerb des Dritten vom Versprechensempfänger⁶⁴ vorsehen. Wer von der anfänglichen Drittbegünstigung ausgeht, die der Annahme eines originären Erwerbs des Dritten entgegenkommt, wird einen originären Rechtserwerb auch für die nachträgliche Begünstigung vertreten. Wer die nachträgliche Begünstigung zum Modell wählt, die einen abgeleiteten Rechtserwerb nahelegt, wird eine einheitliche Lösung auf der Grundlage eines abgeleiteten Rechtserwerbs anstreben. Die Entscheidung erfordert also zusätzliche Kriterien. Die Praxis des Reichsgerichts jedenfalls,⁶⁵ bei anfänglicher Begünstigung einen originären, bei nachträglicher Begünstigung einen abgeleiteten Erwerb des Dritten anzunehmen, vermag nicht zu überzeugen. Das Gericht läßt sich von der äußeren Gestaltung des Vertrags leiten und wählt für den Rechtserwerb des Dritten diejenige Konstruktion, die jeweils am leichtesten vorstellbar ist.

5. Objektive Wertungen

Auf die Schwäche der meisten Theorien zum Rechtserwerb des Dritten hat Heck⁶⁶ hingewiesen: „Der tieferliegende Irrtum ist der Versuch, die Entscheidung aus dem Begriff abzuleiten, statt auf die Interessenlagen und die Werturteile des Gesetzes zurückzugehen“. Für eine teleologische Lösung der Probleme des Vertrags zugunsten Dritter hat sich auch O. M. v. Gierke⁶⁷ ausgesprochen. Dieser

⁶² O. M. v. Gierke, S. 26; Fricke, S. 60.

⁶³ So Harder, S. 134f.; Hengehold, S. 43; Rückbeil, S. 14.

⁶⁴ So Fricke, S. 56, 62; Hellwig, Verträge, S. 360; ders. Rechtskraft § 41 II (S. 280f.).

⁶⁵ Zum originären Erwerb bei anfänglicher Begünstigung vgl. RG 24, 337 (339); 51, 403 (404f.); 54, 94 (96f.); 61, 217 (219); 71, 324 (327); 80, 175 (177); 127, 269 (271). Zum derivativen Erwerb bei nachträglicher Begünstigung vgl. RG 62, 46 (48); 66, 158 (161); 153, 220 (227f.). Zu dieser Rechtsprechung: O. M. v. Gierke, S. 19ff.; Jaeger/Lent KO § 32 Rn. 23, 24.

⁶⁶ SchR § 50, 4 (S. 149).

⁶⁷ S. 18f., 27.

Ansatz sollte in der Ära der *Wertungsjurisprudenz*⁶⁸ keiner besonderen Begründung bedürfen. *Gottschalk*⁶⁹ allerdings kritisiert das methodische Vorgehen v. *Gierkes* als „Resignation“ und „Flucht in das Zweckdenken“. Es bedeutet jedoch keine Resignation, wenn das teleologische Denken auf untaugliche Mittel der Problemlösung verzichtet. Die Hinwendung zu den vernünftigen Lösungskriterien Interesse, Zweck und Wert ist keine Flucht.

An erster Stelle wird stets der Zweck der *Fürsorge*, der Versorgung des Dritten genannt.⁷⁰ Gelegentlich ist vertreten worden, der berechtigende Vertrag zugunsten Dritter eigne sich nicht zur Verwirklichung anderer Zwecke.⁷¹ Gegen diese Festlegung auf den Fürsorgezweck spricht schon die Stellungnahme der *zweiten Kommission*: Es sei nicht nur dann, wenn eine Fürsorge bezweckt werde, eine unmittelbare Berechtigung des Dritten anzuerkennen.⁷² Die Fürsorge für den Dritten sei zwar unzweifelhaft in manchen Fällen das treibende Motiv, so bei Lebensversicherungs- und Gutsübernahmeverträgen, in anderen Fällen sei es indessen von untergeordneter Bedeutung oder fehle völlig.⁷³ Im übrigen bestimmen die *Protokolle*⁷⁴ den Zweck des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter wie den der Anweisung: „Die allgemeine wirtschaftliche Bedeutung des Versprechens zugunsten Dritter liege darin, daß es eine Zuwendung aus dem Vermögen des Versprechenden an den Dritten ermögliche, ohne die Notwendigkeit der doppelten Übertragung des Vermögensgegenstandes zunächst vom Versprechenden an den Versprechensempfänger, dann von diesem an den Dritten“. Auch heute ist die *Abkürzung des Leistungswegs* als Zweck des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter anerkannt.⁷⁵ Die Verleihung des Forderungsrechts an den Dritten dient in den Fällen der abgekürzten Lieferung wie die Annahme der Anweisung dazu, die Rechtsstellung des Dritten zu verstärken.⁷⁶ In solchen Anweisungslagen besteht kein Bedürfnis nach einem originären Rechtserwerb des Dritten vom Versprechenden. Aber auch der Fürsorgezweck erfordert nicht ohne weiteres einen originären Rechtserwerb des Dritten. In der Regel geht es den Parteien auch bei Versorgungsleistungen nur darum, den Leistungsweg abzukürzen. Der Erwerb des Dritten aus dem Vermögen des Versprechensempfängers entspricht nur dann *nicht* dem Interesse der Parteien, wenn sie den Erwerb des

⁶⁸ Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 128f., 154f.

⁶⁹ VersR 76, 797.

⁷⁰ Soergel/R. Schmidt vor § 328 Rn. 15; Staudinger/Kaduk vor § 328 Rn. 17; MünchKomm (Gottwald) § 328 Rn. 6; Larenz SchR I § 17 I a (S. 179); Esser/E. Schmidt SchR I 2 § 36 II 2.2 (S. 237).

⁷¹ So Lorenz AcP 168 (1968), 296f. und JuS 68, 444f. Gegen ihn: Wilhelm, S. 144 N. 276 und Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 832 N. 91.

⁷² Prot. I, 754.

⁷³ Prot. I, 754f.

⁷⁴ I, 755.

⁷⁵ BGH NJW 68, 1929 (1930); Staudinger/Kaduk Vorbem. 3, 4 vor § 328, § 328 Rn. 5; Soergel/R. Schmidt vor § 328 Rn. 15; MünchKomm (Gottwald) aaO; Palandt/Heinrichs Einf. 2 vor § 328; Esser/E. Schmidt SchR I 2 § 36 II 2.1 (S. 237).

⁷⁶ S. u. IV 2 b, cc ö.

Dritten dem Zugriff der Gläubiger des Versprechensempfängers entziehen wollen.⁷⁷ Stammen z. B. das Bezugsrecht und die Versicherungssumme nicht aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers (Versprechensempfängers), so können dessen Gläubiger die Zuwendung gegenüber dem Dritten nicht anfechten (§§ 3 f. AnfG; §§ 30 ff. KO). Dies ist jedenfalls h. M.⁷⁸

Die Bevorzugung des Dritten gegenüber den Gläubigern des Versprechensempfängers durch die Annahme eines originären Rechtserwerbs ist zu Recht kritisiert worden.⁷⁹ Sie schützt den Dritten pauschal auch, wenn seine Versorgung *nicht* Zweck des Vertrages oder wenn er kein Angehöriger des Versprechensempfängers ist.⁸⁰ Soweit der Versprechensempfänger dem Dritten auf diesem Wege zum Nachteil seiner Gläubiger eine unentgeltliche Zuwendung macht, widerspricht dies dem Grundsatz „*nemo liberalis, nisi liberatus*“.⁸¹ Das geltende Recht bevorzugt überall (sonst) die Rechte der Gläubiger auch vor denen der nächsten Angehörigen, soweit nicht Pfändungsschutzvorschriften eingreifen.⁸² Eindeutig ist die Vorschrift des jetzigen § 850 h I ZPO, die durch Gesetz vom 24. 10. 1934 in das Gesetz eingefügt wurde. Nach ihr können Gläubiger des Arbeitnehmers (Versprechensempfängers), wenn ein Teil des Lohn- oder Gehaltsanspruchs im Wege des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter „unmittelbar“ einem Dritten zugewendet wurde, in den Anspruch vollstrecken, wie wenn dieser dem Arbeitnehmer (Versprechensempfänger) zustünde. Begünstigter Dritter ist in diesen Fällen meist die Ehefrau des Arbeitnehmers (Versprechensempfängers) oder ein anderer naher Angehöriger. Die Zuwendung dient der Sicherung des Unterhalts. *Dennoch* werden die Interessen der Angehörigen allein durch die Vorschriften über den Pfändungsschutz, insbesondere §§ 850 ff. ZPO geschützt. Eben darin sieht man einen gerechten Ausgleich der Interessen der Gläubiger und des Dritten (Angehörigen). Die Wertung des § 850 h I ZPO ist auch in anderen Fällen des berechtigenden Vertrages zugunsten Dritter, insbesondere bei anderen Verträgen zur Versorgung Angehöriger zu beachten, um einen *Wertungswiderspruch*⁸³ zu vermeiden. Dies bedeutet vor allem, daß die „unmittelbare“ Zuwendung des Rechts an den Dritten eine Anfechtung der Gläubiger oder des Konkursverwalters des Versprechensempfängers nicht ausschließt.⁸⁴ Aber diese Wertung bestimmt auch die Auslegung der §§ 328 ff. und der Verträge zugunsten Dritter: Das Interesse der Parteien daran, das Recht des Dritten dem Zugriff der Gläubiger des Versprechensempfängers zu entziehen, wird vom Gesetz auch bei

⁷⁷ Staudinger/Kaduk vor § 328 Rn. 4; MünchKomm (Gottwald) § 328 Rn. 6; O. M. v. Gierke, S. 18 f., 27, 28, 30 f.; Heilmann ZHR 113, 94.

⁷⁸ Dazu s. u. IV 3 c. Die Anfechtung beschränkt sich auf die geleisteten Versicherungsprämien.

⁷⁹ Vgl. vor allem die Vertreter erbrechtlicher Lösungen für die Zuwendung an den Dritten beim Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen (oben N. 21).

⁸⁰ Stübler, S. 51.

⁸¹ Brecher AllgÖsterrGerZ 53 (1902), 403.

⁸² Brecher aaO (S. 404).

⁸³ Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 323 f., 361 f.

⁸⁴ S. u. IV 3 c.

Verträgen zur Versorgung Angehöriger mißbilligt. *Es kann daher nicht Regelungsziel der §§ 328ff. sein, den Parteien die Mittel zur Benachteiligung der Gläubiger des Versprechensempfängers an die Hand zu geben.* Ein anderes, billigenwertes Interesse am „unmittelbaren Rechtserwerb“ des Dritten besteht nicht.

6. Die Zessionsähnlichkeit des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter

Die Ähnlichkeit zwischen der Verleihung der Forderung an den Dritten durch den berechtigenden Vertrag zu seinen Gunsten und der Begründung der Forderung für den Versprechensempfänger und ihrer Zession an den Dritten wird häufig betont.⁸⁵ Nimmt man einen abgeleiteten Erwerb des Dritten vom Versprechensempfänger an, besteht weitgehende Übereinstimmung: „Praktisch findet eine einseitige Abtretung statt“.⁸⁶ Bei originärem Erwerb des Dritten vom Versprechenden hingegen ist die Ähnlichkeit gering.⁸⁷ Soll der Grad der Ähnlichkeit des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter mit der Zession zum Argument für oder gegen einen originären Rechtserwerb des Dritten werden, so kann nur auf Unterschiede oder Gemeinsamkeiten beider Rechtsinstitute abgestellt werden, die unabhängig von der Frage des Rechtserwerbs anerkannt sind.

Eine *Übereinstimmung* besteht darin, daß der Zessionar und der Dritte beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter nur Inhaber von Einzelsprüchen, nicht vollberechtigte Vertragsparteien sind.⁸⁸ Wenn der Versprechensempfänger zur einseitigen Bestimmung des Dritten befugt ist, werden die §§ 407, 409 beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter zum Schutz des Versprechenden analog angewandt.⁸⁹ Bei nachträglicher Begünstigung des Dritten gehen, ähnlich der Regelung in § 401, die zur Sicherung der Forderung des Versprechensempfängers bestellten Bürgschaften und Pfandrechte nicht unter, sondern sichern fortan das Recht des Dritten.⁹⁰

Ein *Unterschied* zwischen Zession und berechtigendem Vertrag zugunsten Dritter besteht einmal im rechtsgeschäftlichen Tatbestand: Die Zession erfordert einen Vertrag zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten, der Vertrag zugunsten Dritter wird zwischen dem Versprechensempfänger und dem Versprechenden geschlossen.⁹¹ Ein weiterer Unterschied besteht in den Einwendungen und

⁸⁵ RG 66, 158 (161f.); Hellwig, Verträge, S. 305, 331f.; Wussow NJW 64, 1262; Lange NJW 65, 657; Lorenz AcP 168 (1968), 288; Heilmann VersR 72, 999f. und ZHR 113, 93; U. Meyer, S. 156ff.; Wetzel, S. 86f. *Dagegen*: RG 24, 337 (339); Harder, S. 130f.; v. Lübtow ErbR II, S. 1233.

⁸⁶ Hoffmann AcP 158 (1959/1960), 192.

⁸⁷ Vgl. RG 24, 337 (339); Harder, S. 130.

⁸⁸ MünchKomm (Gottwald) § 328 Rn. 9; Heilmann NJW 68, 1855. S. o. I bei N. 13f.

⁸⁹ RG 154, 99 (109); 168, 177 (187); Heilmann ZHR 113, 93 und VersR 72, 1000; Prölss/Martin VVG § 15 ALB Anm. 4.

⁹⁰ v. Lübtow, Darlehensbegriff, S. 159f.; ders. Festschr. f. Fragistas, S. 262f.; Harder, S. 135 N. 78.

⁹¹ RG 66, 158 (161); Staudinger/Kaduk vor § 328 Rn. 58; Harder, S. 130; Lange NJW 65, 657.

Aufrechnungsmöglichkeiten. Erwirbt der Dritte die Forderung durch Abtretung vom Versprechensempfänger, so muß er sich vom Versprechenden alle Einwendungen aus dem Verhältnis des Versprechenden zum Versprechensempfänger entgegenhalten lassen (§ 404) und der Versprechende kann mit Forderungen, die ihm gegenüber dem Versprechensempfänger zustehen, aufrechnen (§ 406). Erwirbt der Dritte die Forderung hingegen durch berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter, so kann ihm der Versprechende nur die Einwendungen aus dem Vertrag zugunsten Dritter entgegensetzen (§ 334) und der Versprechende ist zur Aufrechnung mit Ansprüchen gegen den Versprechensempfänger nicht berechtigt.⁹² Nach der Abtretung ist nur noch der Zessionar berechtigt, während beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter der Versprechensempfänger in der Regel berechtigt bleibt, die Leistung an den Dritten zu verlangen (§ 335).⁹³

Daß auch rechtsähnliche Fälle Verschiedenheiten aufweisen, ist selbstverständlich. Ein wesentlicher Unterschied zwischen Abtretung und berechtigendem Vertrag zugunsten Dritter scheint freilich in dem Gegensatz zwischen §§ 404, 406 einerseits und § 334 andererseits zu bestehen. Es spricht jedoch nicht gegen einen abgeleiteten Erwerb des Dritten vom Versprechensempfänger, daß die Gegenrechte des Versprechenden in § 334 gegenüber §§ 404 ff. eingeschränkt sind. Diese Frage kann bei verschiedenen Formen des abgeleiteten Erwerbs unterschiedlich geregelt sein. Insgesamt spricht der Vergleich mit der Zession *für* einen abgeleiteten Erwerb des Dritten, macht jedenfalls deutlich, daß seiner Annahme nichts im Wege steht.

7. Die Bindung an eine ständige Rechtsprechung

Die Bemühungen um die Auslegung des Gesetzes (§§ 328 ff.) wären überholt, wenn Gerichte und Parteien an die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH zur Frage des Rechtserwerbs beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter gebunden wären: Für den Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall ist die Bildung von *Gewohnheitsrecht* behauptet worden.⁹⁴ Nach Ansicht des BGH⁹⁵ jedoch ist eine „gewöhnheitsrechtliche Verfestigung der Rechtslage“ *noch nicht* eingetreten. Mag es auch bei anfänglicher Begünstigung des Dritten eine seit Inkrafttreten des BGB andauernde Rechtsprechung zugunsten eines originären Rechtserwerbs geben, von der nur wenige Entscheidungen abweichen,⁹⁶ allein dadurch bildet sich nicht Gewohnheitsrecht. Zu der Rechtsprechung muß eine ständige Übung der beteiligten Kreise kommen, die nicht nur auf Resignation gegenüber der Macht der Gerichte beruht, sondern von der Überzeugung getragen ist, der Inhalt der Recht-

⁹² Mot. II, 273; Elster Verh. d. 16. DJT (1882) Bd. I, S. 212; Heilmann ZHR 113, 93.

⁹³ Vgl. RG 66, 158 (161); Staudinger/Kaduk vor § 328 Rn. 58; MünchKomm (Gottwald) § 328 Rn. 9.

⁹⁴ OLG Stuttgart NJW 56, 1073; Brox ErbR Rn. 736; G. und D. Reinicke NJW 56, 1054.

⁹⁵ BGH FamRZ 76, 205 (207); vgl. auch Harder FamRZ 76, 423.

⁹⁶ BGH 7, 134 (142); RG 124, 135 (138f.).

sprechung gelte als Recht („Rechtsüberzeugung“).⁹⁷ Beteiligte sind im vorliegenden Fall aber auch die Gläubiger des Versprechensempfängers, die sich der Rechtsprechung zum originären Rechtserwerb des Dritten beugen mußten, ihr aber nicht zustimmten. Dies ergibt sich gerade aus der Vielzahl der obergerichtlichen Entscheidungen zu dieser Frage.⁹⁸ Zur Bildung von Gewohnheitsrecht bedarf es ferner der Billigung der Rechtsprechung im Schrifttum und in der „öffentlichen Meinung“.⁹⁹ Davon kann nicht die Rede sein. Die Rechtsprechung des RG und BGH hat in der Literatur erheblichen Widerspruch gefunden.¹⁰⁰ Der BGH¹⁰¹ hat demnach zu Recht die gewohnheitsrechtliche Geltung der Rechtsprechung zum originären Rechtserwerb des Dritten beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter abgelehnt. Die Rechtsprechung als solche ist keine Rechtsquelle, kein Entstehungsgrund gesetzgleicher Normen.¹⁰² Es gibt keine Bindung der Gerichte an Präjudizien.¹⁰³ Eine ständige Rechtsprechung ist, wenn die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts nicht gegeben sind, bloßer Gerichtsgebrauch (Usualinterpretation). Ihm kommt Verbindlichkeit im Sinne normativer Geltung nur zu, soweit er das Ergebnis zutreffender Auslegung und methodisch einwandfrei begründet ist.¹⁰⁴ Stellt sich seine „Unrichtigkeit“ heraus, sind die Gerichte nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, ihn aufzugeben.¹⁰⁵ Sie sind an eine ständige Rechtsprechung nicht deshalb gebunden, weil der Verkehr sich darauf eingerichtet hat, sofern nicht Gewohnheitsrecht entstanden ist.¹⁰⁶ Da dies nicht der Fall ist, hindert keine Bindung Wissenschaft und Praxis daran, das Problem des Rechtserwerbs des Dritten beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter noch einmal zu überdenken.

8. Die Privatautonomie

Nach der amtlichen Begründung zu § 166 VVG¹⁰⁷ sind die §§ 330 ff. BGB dispositiver Natur.¹⁰⁸ Für § 328 kann nichts anderes gelten. Dies folgt bereits aus der

⁹⁷ Larenz AT § 1 I (S. 10).

⁹⁸ Vgl. Esser, Festschr. f. Fritz v. Hippel, S. 128.

⁹⁹ BVerfG 15, 226 (232); Staudinger/Brändl Einl. AT Rn. 52; Enneccerus/Nipperdey AT § 39 I 3 (S. 265 f.), § 39 II 3 b (S. 267); Larenz, Methodenlehre, S. 425.

¹⁰⁰ Hellwig, Verträge, S. 337 f.; Brecher AllgÖsterrGerZ 53 (1902), 303 f., 355, 363, 373; O. M. v. Gierke, S. 90 ff.; Stübler, S. 51. Vgl. auch die erbrechtlichen Lösungen beim Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen (s. o. N. 21).

¹⁰¹ S. o. N. 95.

¹⁰² Larenz AT § 1 I (S. 11); ders. Festschr. f. Schima, S. 247 f. (m. Nachw. S. 248 N. 2); ders. Methodenlehre, S. 421 f.; Enneccerus/Nipperdey AT § 39 II 3 d (S. 268); Stein/Jonas/Pohle Einleitung C V (S. 7).

¹⁰³ A. A. Fikentscher, Methoden des Rechts Bd. IV, S. 313 ff. (336 ff.).

¹⁰⁴ Rümelin, S. 15/16; Larenz AT § 1 Ic (S. 9); ders. NJW 51, 497; ders. Methodenlehre, S. 424.

¹⁰⁵ Esser, Festschr. f. Fritz v. Hippel, S. 113; Larenz AT § 1 I (S. 10).

¹⁰⁶ Rümelin, S. 46 f.; Larenz AT § 1 I (S. 10).

¹⁰⁷ Abgedruckt bei Gerhard/Hagen VVG zu § 166.

¹⁰⁸ Vgl. auch Gerhard/Hagen VVG § 166 Anm. 1.

schuldrechtlichen Vertragsfreiheit. Daher betont der BGH¹⁰⁹ zu Recht, es sei Sache der inhaltlichen Gestaltung des Vertrags durch die Parteien, ob der Dritte originär vom Versprechenden oder abgeleitet vom Versprechensempfänger erwirbt. Die §§ 328 ff. enthalten ergänzende Bestimmungen für den Fall, daß die Parteien die Frage des Rechtserwerbs nicht oder nicht eindeutig geregelt haben. Auch sie sind daher so auszulegen, wie es dem typischen Interesse der Parteien entspricht.

9. Der Dritte als Rechtsnachfolger des Versprechensempfängers

a) Die entsprechende Anwendung des § 401

Für eine Rechtsnachfolge des Dritten in eine dem Versprechensempfänger gegen den Versprechenden zustehende Forderung spricht, daß nach h. M.¹¹⁰ bei nachträglicher Begünstigung die für den Anspruch des Versprechensempfängers bestehenden Sicherungsrechte (Bürgschaften, Pfandrechte) nicht erlöschen, sondern nunmehr das Recht des Dritten sichern. Nähme man ein Erlöschen der Forderung des Versprechensempfängers und die Entstehung einer neuen Forderung für den Dritten (Novation) an, wäre der Übergang der Sicherungsrechte nicht zu verstehen. Da der Schuldner (Versprechende) noch nicht geleistet hat, besteht weiter das Sicherungsbedürfnis. Daher sollen diese Rechte nicht untergehen, es sei denn, daß ein Sicherungsgeber ausschließlich zugunsten des Versprechensempfängers interzedierte.

b) Die Rechtsnachfolge im Tatbestand des § 2 IV ArbGG

Das Reichsgericht hat die von ihm für den Fall der anfänglichen Begünstigung vertretene „Unmittelbarkeitstheorie“ in einer Entscheidung¹¹¹ durchbrochen, in der es um die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit nach § 2 IV ArbGG ging. Ein Teil des Gehaltsanspruchs aus einem Arbeitsverhältnis war einem Dritten im Wege des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter zugewendet worden. Es ging nun darum, ob eine Rechtsnachfolge in den Gehaltsanspruch des Arbeitnehmers (Versprechensempfängers) stattgefunden hatte und der Anspruch des Dritten deshalb arbeitsrechtlicher Natur war. Das Gericht nahm einen abgeleiteten Erwerb des Dritten an und betonte, daß eine Rechtsnachfolge im strengen Sinne, nicht etwa im Sinne eines für § 2 IV ArbGG gültigen erweiterten Begriffs gegeben sei. Ohne die Annahme einer Rechtsnachfolge wäre in dem zu entscheidenden Fall die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nicht zu begründen gewesen, da der Dritte nicht Arbeitnehmer war, eine Rechtsstreitigkeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis (§ 2 II ArbGG) also nicht vorlag. Der Gehaltsanspruch aus dem Arbeitsverhältnis behält jedoch diesen Charakter auch bei anfänglicher Begünstigung eines Dritten. Der Sachzusammenhang spricht für eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte.

¹⁰⁹ BGH 7, 134 (142); vgl. auch Gareis, S. 206.

¹¹⁰ S. o. N. 90.

¹¹¹ RG 124, 135 (138 f.).

c) Die Rechtskrafterstreckung nach § 325 ZPO

Der BGH¹¹² hat entschieden, daß ein zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger ergangenes Urteil nicht auch im Verhältnis des Versprechenden zum Dritten Rechtskraft wirkt. Die Forderungsrechte des Versprechensempfängers und des Dritten (§ 335) stünden selbständig nebeneinander. Daher sei analog §§ 429 III, 425 davon auszugehen, daß das Urteil zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger nur für und gegen den Versprechensempfänger wirkt, gegenüber dem es ergangen ist. Der Entscheidung ist zuzustimmen. Anders wäre freilich zu entscheiden, wenn nach Rechtshängigkeit einer Klage des Versprechensempfängers gegen den Versprechenden der Versprechensempfänger unwiderruflich den Dritten als Bezugsberechtigten bezeichnet. Dann erscheint es angemessen, daß auch der Dritte, der das Bezugsrecht bereits streitbefangen erworben hat, von der Rechtskraft des Urteils zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger gebunden wird (§§ 265, 325 ZPO).

d) Die Rechtsnachfolge im Sinne des § 239 ZPO

In einem vom Reichsgericht entschiedenen Fall¹¹³ starb während eines Prozesses gegen den Versicherer (Versprechenden) der Versicherungsnehmer (Versprechensempfänger), und der im Vertrag bezeichnete Dritte erwarb das Bezugsrecht (§ 331 I). Das Gericht entschied, daß nur die Erben des Versprechensempfängers aufgrund des von ihnen erworbenen Anspruchs auf Leistung an den Dritten (§ 335) Rechtsnachfolger des Versprechensempfängers und damit zur Aufnahme des von ihm mit dem Versicherer (Versprechenden) geführten Rechtsstreits berechtigt seien. Der Dritte sei in keinem Sinn Rechtsnachfolger des Versprechensempfängers, sein Recht sei nicht identisch mit dem, das der Versprechensempfänger innehatte und im Prozeß geltend machte. „Das Recht, welches der Versicherungsnehmer besaß und das Recht, welches der Dritte, zu dessen Gunsten die Versicherung geht, durch den Tod des Versicherungsnehmers endgültig erhält, sind *verschiedene* Rechte.“¹¹⁴ Das Recht des Dritten „findet allerdings seine Quelle und seinen Ursprung in dem Rechte des Versicherungsnehmers und in dem von diesem mit der Versicherungsgesellschaft geschlossenen Verträge; allein dadurch verliert es nicht den Charakter eines von dem Rechte des Versicherungsnehmers verschiedenen selbständigen Rechts“.¹¹⁵ Es könne also „begrifflich von einer Nachfolge in ein Recht des Verstorbenen nicht die Rede sein“.¹¹⁶ Diese Begründung ist rein materiellrechtlich und begrifflich-konstruktiv. Daß keine Rechtsnachfolge vorliegt, wird nur behauptet. Der Erwerb durch Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall (§ 331 I) ist jedoch

¹¹² BGH 3, 385 (388 f.).

¹¹³ RG 54, 94; zust.: Stein/Jonas/Pohle ZPO § 239 Anm. II 1; Zöller/Stephan ZPO § 239 Anm. 3.

¹¹⁴ RG 54, 94 (96).

¹¹⁵ RG aaO.

¹¹⁶ RG aaO.

der nachträglichen Begünstigung rechtsähnlich, bei der das Reichsgericht stets einen *abgeleiteten* Erwerb des Dritten annahm.¹¹⁷ Wenn der Dritte das Bezugsrecht beim Tode des Versprechensempfängers erwirbt, hatte zunächst *dieser* einen Anspruch auf Leistung an ihn selbst. Das Recht des Versprechensempfängers spaltet sich mit dessen Tod in die Berechtigung der Erben (§ 335) und das Bezugsrecht des Dritten. Beide Rechte waren in dem ursprünglichen Recht des Versprechensempfängers enthalten und sind damit streitbefangen. Die Aufnahmebefugnis des Dritten wirft jedoch zwei Probleme auf. Das eine von ihnen hat das Gericht¹¹⁸ selbst aus dem Wege geräumt: Im Todesfall berechtigt auch *Sondernachfolge* zur Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens. Das andere Problem wird in der Entscheidung und der ihr folgenden Literatur *nicht* angesprochen: Die angenommene Aufspaltung des Rechts des Versprechensempfängers in den Anspruch der Erben und das Bezugsrecht des Dritten würde auch die Klage spalten. Der Versprechende würde aufgrund des Todesfalles mit einer zweiten selbständigen Klage überzogen werden. Er ist dadurch zu schützen, daß nur *entweder* die Erben des Versprechensempfängers *oder* der Dritte als Partei und aufnahmeberechtigt angesehen werden. Als Begünstigter aus dem Vertrag, abgesehen von sonstigen Beziehungen, steht der Dritte dem Versprechensempfänger weniger nahe als die Erben. Andererseits ist es der Sinn der Rechtsverleihung an den Dritten, daß er sein Recht selbständig durchsetzen kann, zumal die Auszahlung der Versicherungssumme an ihn dem Interesse der Erben widerspricht. *Daher ist der Dritte näher daran, das Verfahren aufzunehmen.* Auch die h. M. müßte eine Rechtsnachfolge des Dritten nach dem Versprechensempfänger und ein Aufnahmerecht des Dritten nach § 239 ZPO in dem Fall annehmen, daß dem Versprechensempfänger *kein* Anspruch auf Leistung an den Dritten (§ 335 BGB) zustand. Sonst wäre der Versprechensempfänger hinsichtlich des Vertragsanspruchs ohne Rechtsnachfolger, die rechtshängige Klage auf der Klägerseite parteilos.

10. Zusammenfassung

Der *Wortlaut* des Gesetzes (§§ 328 ff.) ist nicht eindeutig. Er läßt einen abgeleiteten Erwerb des Dritten vom Versprechensempfänger ebenso zu wie einen originären Rechtserwerb vom Versprechenden. Die *Materialien* lassen erkennen, daß der Gesetzgeber grundsätzlich von einem ursprünglichen Rechtserwerb des Dritten aus dem Vermögen des Versprechenden ausging, doch sind seine Vorstellungen nicht bindend. Die allgemeine *Theorie des Rechtserwerbs* bietet für den Rechtserwerb des Dritten beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten an. Auch bei ursprünglicher Begünstigung des Dritten ist daher die Annahme eines originären Erwerbs vom Versprechenden nicht konstruktiv notwendig. Aus *Begriff und Wesen* des Vertrags zugunsten Dritter, der *Institutionengeschichte* und der *Systematik des Gesetzes* ergaben sich keine verwertbaren Hinweise

¹¹⁷ S.o. N. 43.

¹¹⁸ AaO; ebenso Stein/Jonas/Pohle aaO; Zöller/Stephan aaO.

auf die Art des Rechtserwerbs des Dritten. Die berechtigte Forderung nach *Gleichbehandlung von anfänglicher und nachträglicher Begünstigung* des Dritten erwies sich als doppeldeutig: Sie kann für beide Fälle entweder zur Annahme eines originären Rechtserwerbs vom Versprechenden oder zur Annahme eines abgeleiteten Erwerbs vom Versprechensempfänger führen. Der *Gesetzeszweck* spricht nicht für einen originären Erwerb des Dritten: Eine Abkürzung des Leistungswegs und grundsätzlich auch die Versorgung des Dritten werden durch einen abgeleiteten Rechtserwerb ebenso erreicht. Der Erwerb des Dritten aus dem Vermögen des Versprechensempfängers entspricht nur dann nicht dem Interesse der Parteien, wenn sie das Recht des Dritten dem Zugriff der Gläubiger des Versprechensempfängers entziehen wollen. Nach h.M. ist Voraussetzung eines Anfechtungsanspruchs der Gläubiger oder des Konkursverwalters des Versprechensempfängers gegen den Dritten, daß dessen Recht durch das Vermögen des Versprechensempfängers ging. Die Rechtsordnung mißbilligt jedoch, wie sich aus § 850h I ZPO schließen läßt, eine Benachteiligung der Gläubiger des Versprechensempfängers durch Zuwendungen im Wege des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter mit originärem Rechtserwerb des Dritten. Dies gilt auch dann, wenn nahe Angehörige begünstigt werden. Eine solche Gläubigerbenachteiligung zu ermöglichen, kann daher nicht als Gesetzeszweck der §§ 328ff. angesehen werden. Die *Zessionsähnlichkeit* des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter legt die Annahme eines abgeleiteten Erwerbs des Dritten vom Versprechensempfänger nahe. Ein *Gewohnheitsrecht*, nach dem der Dritte unmittelbar aus dem Vermögen des Versprechenden erwirbt, hat sich nicht gebildet. Die *ständige Rechtsprechung* des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum ursprünglichen Erwerb des Dritten beim Lebensversicherungsvertrag mit anfänglicher Drittbegünstigung ist als solche für die Rechtsanwendung nicht bindend. Im übrigen sind die §§ 328ff. *dispositives Recht*. Sie sind daher entsprechend dem typischen Interesse der Parteien auszulegen und treten gegenüber konkreten Vereinbarungen der Parteien zurück. Schließlich sprechen *bestimmte Wirkungen des Rechtserwerbs des Dritten* für eine Rechtsnachfolge nach dem Versprechensempfänger: das Fortbestehen der ursprünglich begründeten Bürgschaften und Pfandrechte bei nachträglicher Begünstigung, das Aufnahmerecht des Dritten nach § 239 ZPO, die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für eine Klage des Dritten aus dem ihm vom Arbeitnehmer im Wege des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter zugewendeten Anspruch nach § 2 IV ArbGG und die Erstreckung der Rechtskraft eines zwischen dem Versprechensempfänger und dem Versprechenden ergangenen Urteils auf den Dritten gem. §§ 265, 325 ZPO. Konnten auf der einen Seite keine Gründe festgestellt werden, die einen abgeleiteten Erwerb des Dritten vom Versprechensempfänger ausschließen und führt andererseits in bestimmten Fällen nur die Annahme einer Rechtsnachfolge des Dritten nach dem Versprechensempfänger zu sinnvollen Ergebnissen, so sind die §§ 328ff. und konkrete Verträge zugunsten Dritter im Sinne dieser Rechtsnachfolge auszulegen, solange die Parteien nicht eindeutig einen unmittelbaren Erwerb des Dritten vom Versprechenden vereinbart haben.

III. Die Begünstigung des Dritten als Zuwendung

Der Dritte erwirbt die gegen den Versprechenden gerichtete Forderung entweder vom Versprechenden oder vom Versprechensempfänger. Eine *Zuwendung des Versprechensempfängers* liegt jedenfalls dann vor, wenn ein abgeleiteter Rechtserwerb des Dritten vom Versprechensempfänger stattfindet, also der Versprechende dem Dritten die Forderung „für Rechnung“ des Versprechensempfängers, d.h. mit Durchgangserwerb des Versprechensempfängers, bestellt (Anweisungsleistung). Eine Zuwendung des Versprechensempfängers kann jedoch auch dann gegeben sein, wenn der Dritte den Anspruch *aus dem Vermögen des Versprechenden* erwirbt, denn ohne die in der Begünstigungsklausel liegende „Verfügung“ des Versprechensempfängers hätte dieser, nicht der Dritte den Anspruch erworben.¹¹⁹ Für die Zuwendungsfolgen kommt es also nicht allein darauf an, aus wessen Vermögen der Dritte den Anspruch formalrechtlich erwirbt.

1. Die Erfüllung

Im Valutaverhältnis kann der Versprechensempfänger dem Dritten verpflichtet sein, ihm eine Forderung gegen den Versprechenden zu verschaffen. Erschöpft sich die Leistungspflicht des Versprechensempfängers darin, dann wird die Forderung dem Dritten „als Erfüllung“ zugewendet (Schenkung, Forderungskauf). Mit dem Rechtserwerb des Dritten tritt im Valutaverhältnis Erfüllung ein (§ 362 I). Meist erwirbt der Dritte die Forderung gegen den Versprechenden jedoch „erfüllungshalber“. In beiden Fällen ist es für die Erfüllung der Leistungspflicht des Versprechensempfängers im Valutaverhältnis unerheblich, *wie* der Dritte die Forderung erwirbt: aus dem Vermögen des Versprechenden (originär) oder aus dem Vermögen des Versprechensempfängers (abgeleitet) oder aus dem Vermögen des Versprechenden durch Zuwendung des Versprechensempfängers. Die weiteren Leistungsfolgen müssen zeigen, welche Konstruktion den Vorzug verdient.

2. Der Bereicherungsausgleich

Die Forderung des Dritten gegen den Versprechenden wird zum Kondiktionsgegenstand, wenn ein Mangel des Valutaverhältnisses entdeckt wird, bevor der Versprechende geleistet hat. In diesem Fall kondiziert der Versprechensempfänger vom Dritten das Bezugsrecht.¹²⁰ Der Dritte hat demnach das Recht durch eine Leistung des Versprechensempfängers erworben. Ein originärer Rechtserwerb vom Versprechenden scheidet damit aus. Es bleiben zwei Arten der Zuwendung: Entweder der

¹¹⁹ Vgl. v. Tuhr AT II 1, S. 36 (dazu s. o. bei N. 53); Oertmann RuW 1934, 239 und AcP 138 (1934), 72f. (dazu s. u. IV 3 c).

¹²⁰ Enneccerus/Lehmann SchR § 35 V 2 (S. 156); Kupisch, S. 102; Oertmann DGWR 37, 108f.; Zehner AcP 153 (1954), 430f.; Heilmann VersR 72, 999.

Versprechensempfänger wendet die Forderung *aus dem Vermögen des Versprechenden* zu, indem er sie in der Person des Dritten entstehen läßt, anstatt sie selbst zu erwerben,¹²¹ oder der Versprechensempfänger erwirbt die Forderung selbst „im Durchgang“ und wendet sie aus seinem Vermögen dem Dritten zu (*Anweisungsleistung*). Da die Leistungskondition nach neuerer Auffassung keinen Erwerb des Empfängers „auf Kosten“ des Leistenden, keine Entreicherung des Leistenden voraussetzt,¹²² vermögen beide Auffassungen eine Kondition des Versprechensempfängers gegen den Dritten zu begründen. Gewährt der Dritte dem Versprechensempfänger die Forderung gegen den Versprechenden zurück, so kann der Versprechensempfänger nicht Leistung an ihn selbst, sondern nur Leistung an den Dritten verlangen. War der Versprechensempfänger nach § 335 neben dem Dritten forderungsberechtigt, ist der ihm vom Dritten übertragene Anspruch für ihn ohne Bedeutung. Ziel der Rückerstattung ist hier allein, daß der Dritte den Anspruch verliert.

3. Die Rückabwicklung nach §§ 346ff.

Da Rückabwicklungsansprüche nach §§ 346ff. nur zwischen den Vertragspartnern bestehen können, kommt bei einem Rücktritt im Valutaverhältnis nur der Versprechensempfänger als Gläubiger des Rückgewähranspruchs gegen den Dritten in Frage. Weitere Anspruchsvoraussetzung ist jedoch, daß die Verschaffung des Forderungsrechts dem Versprechensempfänger als Leistung zugerechnet wird.¹²³ Dies bedeutet nicht unbedingt einen abgeleiteten Erwerb des Dritten vom Versprechensempfänger. Es genügt, daß der Dritte unmittelbar vom Versprechenden, aber auf zurechenbare Veranlassung des Versprechensempfängers erworben hat. Auch die Rückabwicklung zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten nach §§ 346ff. läßt also keine Rückschlüsse auf die eine oder die andere Art des Rechtserwerbs zu.

4. Die Gläubiger- und Konkursanfechtung

Geht man davon aus, daß der Dritte die Forderung *vom Versprechensempfänger* erwirbt, so muß dieser sie zuvor vom Versprechenden erworben haben. Daher kann, wenn die weiteren Voraussetzungen der Anfechtung gegeben sind, der Konkursverwalter des Versprechenden gegenüber dem Versprechensempfänger, können die Gläubiger oder der Konkursverwalter des Versprechensempfängers gegenüber dem Dritten anfechten (§§ 3f. AnfG, §§ 30ff. KO). Gegenstand des Rückgewähranspruchs ist in beiden Fällen die Forderung, anfechtbare Handlung die Zuwendung des Versprechenden an den Versprechensempfänger, des Versprechensempfängers

¹²¹ Vgl. v. Tuhr und Oertmann (s.o. N. 119).

¹²² So h.M., vgl. BGH 40, 277f.; 48, 73; 56, 239ff.; BGH NJW 72, 865; Koppensteiner/Kramer, S. 29f. (m.w.N.); Reeb, S. 30f. *Dagegen*: insbes. Wilhelm, S. 100ff.

¹²³ S.o. § 7 IV.

an den Dritten. Was bei den *Anweisungsfällen* zu den Vorteilen der Anfechtung innerhalb der Kausalverhältnisse ausgeführt wurde,¹²⁴ gilt auch hier.

Die h. M. lehnt einen abgeleiteten Forderungserwerb des Dritten vom Versprechensempfänger bei Lebensversicherungen und anderen Verträgen zur Versorgung eines Dritten mit anfänglicher Begünstigung ab.¹²⁵ Die Parteien wollten in diesen Fällen einen *unmittelbaren Erwerb vom Versprechenden*, um den Anspruch des Dritten und die Leistung an ihn dem Zugriff der Gläubiger des Versprechensempfängers zu entziehen. Gehe die Forderung nicht durch das Vermögen des Versprechensempfängers, könne der Erwerb des Dritten dessen Gläubiger nicht benachteiligen. Eine Anfechtung des Erwerbs durch die Gläubiger oder den Konkursverwalter des Versprechensempfängers sei daher ausgeschlossen.

Die Probleme der Gläubigeranfechtung werden unten¹²⁶ für die Leistung des Versprechenden auf die Forderung des Dritten ausführlich erörtert. Es wird sich zeigen, daß eine Anfechtung der Gläubiger oder des Konkursverwalters des Versprechensempfängers gegenüber dem Dritten *sowohl* bei unmittelbarem Rechtserwerb des Dritten vom Versprechenden *als auch* bei abgeleitetem Rechtserwerb vom Versprechensempfänger begründet werden kann. Der Schutz der Gläubiger des Versprechensempfängers darf *nicht* davon abhängen, welche von beiden Arten des Rechtserwerbs der Versprechende und der Versprechensempfänger wählen. Auf die Auslegung der §§ 328 ff. können darum vom Anfechtungsrecht her keine Rückschlüsse gezogen werden.

IV. Die Leistung des Versprechenden

1. Die Erfüllung

Leistet der Versprechende an den Dritten, so erlöschen in der Regel zugleich drei Schuldverhältnisse: die Forderung des Dritten gegen den Versprechenden, der Anspruch des Versprechensempfängers auf Leistung an den Dritten (Deckungsverhältnis) und der Anspruch des Dritten gegen den Versprechensempfänger auf die Leistung (Valutaverhältnis). Sie erlöschen durch Erfüllung (§ 362). Die Zuwendung des Versprechenden an den Dritten trägt also eine dreifache Tilgungsbestimmung.¹²⁷

Nimmt man eine *Anweisungsleistung* an, so ist eine der *angenommenen* Anweisung vergleichbare Lage gegeben. Die Zuwendung des Versprechenden bewirkt eine über den Versprechensempfänger zum Dritten laufende Zuwendungskette. Im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis leistet jeweils der Schuldner an den Gläubiger. Entsprechendes gilt im Verhältnis des Versprechenden zum Dritten: Der Verspre-

¹²⁴ S. o. § 7 VII; s. u. IV 3 c.

¹²⁵ S. o. N. 19.

¹²⁶ S. u. IV 3 c.

¹²⁷ OLG Hamburg JZ 71, 424 (425); Staudinger/Kaduk vor § 328 Rn. 37; Larenz SchR II § 68 IIIg (S. 487); Beuthien JZ 68, 324.

chende schuldet dem Dritten eine Anweisungsleistung, d.h. Leistung an ihn mit Durchgangserwerb des Versprechensempfängers.

Nach *herrschender Auffassung* bewirkt die *direkte Zuwendung* des Versprechenden an den Dritten aufgrund der dreifachen Tilgungsbestimmung *Leistungen* in den drei Schuldverhältnissen und dadurch Erfüllung.¹²⁸ Der Versprechende leistet danach an den Dritten den Leistungsgegenstand und zugleich mittelbar an den Versprechensempfänger die Befreiung von dessen Valutaschuld. Der Versprechensempfänger leistet mittelbar durch den Versprechenden den Leistungsgegenstand an den Dritten. Damit wird ein und dieselbe Zuwendung gleichzeitig dem Versprechenden als direkte, dem Versprechensempfänger als mittelbare Leistung zugerechnet. Ist jedoch der Versprechensempfänger Leistender, so wird der Versprechende zum bloßen Leistungsmittler; ist umgekehrt der Versprechende Leistender, fehlt dem Versprechensempfänger jede Beziehung zur Leistung. Im übrigen schuldet der Versprechende dem Versprechensempfänger den Leistungsgegenstand, nicht die Schuldbefreiung im Valutaverhältnis, die er nach h.M. leistet. Dogmatische Gründe sprechen daher für die *Durchgangstheorie*.

2. Der Bereicherungsausgleich

a) Der Meinungsstand

Herrschend ist wohl die Ansicht, die *nach Geschäftstypen differenziert*.¹²⁹ Sie schlägt bei berechtigenden Verträgen zugunsten Dritter, die der *Abkürzung des Leistungsweges* dienen, einen Bereicherungsausgleich wie bei den Anweisungsleistungen und beim einfachen Vertrag zugunsten Dritter vor: Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger bei Mängeln des Deckungsverhältnisses, Kondiktion des Versprechensempfängers gegen den Dritten bei Mängeln des Valutaverhältnisses, Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse bei Doppelmangel, *keine* Kondiktion bei bloßem Mangel des Vollzugsverhältnisses des Dritten zum Versprechenden. Bei Verträgen hingegen, die der *Versorgung* des Dritten dienen (Versorgungscausa im Valutaverhältnis), soll der Bereicherungsausgleich andere Wege gehen: Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten bei Mängeln des Deckungsverhältnisses oder des Vollzugsverhältnisses, Kondiktion des Versprechensempfängers gegen den Dritten bei Mängeln des Valutaverhältnisses, direkte Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten auch bei Doppelmangel. Soweit eine grundsätzlich *einheitliche Kondiktionslösung* für alle Fälle des berechtigenden

¹²⁸ Staudinger/Kaduk vor § 328 Rn. 37; Larenz SchR II § 68 IIIg (S. 487); Lorenz AcP 168 (1968), 291 und JuS 68, 444; Stathopoulos, Festschr. f. Sontis, S. 218 N. 65.

¹²⁹ BGH 58, 184 (188f.); RGRK (Ballhaus)¹² § 334 Rn. 8f.; MünchKomm (Gottwald) § 334 Rn. 11f.; Palandt/Thomas § 812 Anm. 5 Bb, cc; Grunsky in: Athenäum-Zivilrecht I, S. 627f.; Esser/E. Schmidt SchR I 2 § 36 II 2 (S. 237f.); E. Schmidt JZ 71, 606f. und JZ 72, 406f.; v. Caemmerer JZ 62, 387; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 68f.; Staudinger/W. Lorenz¹² § 812 Rn. 38; Wassermann/Joerges § 812 Rn. 38; Pinger AcP 179 (1979), 323f.

Vertrags zugunsten Dritter vertreten wird, nimmt man bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses teils eine Kondition des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger,¹³⁰ teils eine Kondition des Versprechenden gegen den Dritten an.¹³¹ Die Kondition des Versprechenden gegen den Dritten ist als *Leistungskondition* innerhalb des Kausalverhältnisses des Versprechenden zum Dritten zu verstehen. Eine *Durchgriffskondition* des Versprechenden gegen den Dritten wird dagegen für den Fall des Doppelmangels der Kausalverhältnisse vertreten.¹³² Bei bloßem Mangel des Valutaverhältnisses kondiziert nach einhelliger Ansicht der Versprechensempfänger vom Dritten.¹³³ Bei unentgeltlichem Valutaverhältnis wird allgemein § 822 entsprechend angewendet.¹³⁴ Einen *subsidiären Durchgriff* des Versprechenden gegen den Dritten für den Fall, daß die primär gegebene Kondition gegen den Versprechensempfänger durch dessen Insolvenz entwertet ist, vertritt *Canaris*.¹³⁵ Vereinzelt wird dem Versprechenden bei Mängeln des Deckungsverhältnisses ein *Wahlrecht* gegeben zwischen einer Kondition gegen den Dritten und einer Kondition gegen den Versprechensempfänger.¹³⁶ Dies führt bei einem Doppelmangel des Deckungsverhältnisses und des Valutaverhältnisses zu einer dreifachen Kondition des Versprechenden gegen den Dritten, des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger und des Versprechensempfängers gegen den Dritten.¹³⁷

¹³⁰ BGH 5, 281 (284); OLG Hamburg JZ 71, 424 (425); Planck Siber Vorbem. III 3b γ vor § 328; Staudinger/Kaduk § 334 Rn. 4; Soergel/R. Schmidt § 334 Rn. 1; Esser SchR II § 102 I 1b (S. 346); Enneccerus/Lehmann SchR § 35 V 3 (S. 157); Larenz SchR I § 17 I a (S. 183) und SchR II § 68 III g (S. 488); Koppensteiner/Kramer, S. 60; Gottschalk JhJ 78 (1927/28), 316, 318f.; Kötter AcP 153 (1954), 222 N. 112; Canaris NJW 72, 1197 und Festschr. f. Larenz, S. 828f.; Peters AcP 173 (1973), 75f., 89, 91f.

¹³¹ RG JW 15, 652; Soergel/Mühl § 812 Rn. 53, § 813 Rn. 10; Palandt/Heinrichs § 334 Anm. 1; Ruppert, S. 70, 106f.; Kupisch, S. 101f.; Lange NJW 65, 659; Lorenz AcP 168 (1968), 294 und JuS 68, 444f.

¹³² BGH 5, 281 (284); Planck/Siber Vorbem. III 3b γ vor § 328; Staudinger/Kaduk § 334 Rn. 11; Gottschalk JhJ 78 (1927/28), 318; Hadding, S. 133f.; Kupisch, S. 102/103. *Dagegen*: OLG Hamburg JZ 71, 424 (426). S. o. § 4 III (zum Doppelmangel bei Anweisungsleistungen).

¹³³ RG 88, 137 (138f.); RG JW 38, 1120; Planck/Siber Vorbem. III 3b γ vor § 328; Staudinger/Kaduk Rn. 27 vor § 328, § 334 Rn. 10; Soergel/R. Schmidt § 334 Rn. 2; RGRK (Ballhaus)¹² § 328 Rn. 30 a.E.; MünchKomm (Gottwald) § 334 Rn. 12; Palandt/Heinrichs § 334 Anm. 1; Palandt/Thomas § 812 Anm. 5 Bb, cc; Leonhard SchR I § 180 (S. 370); Enneccerus/Lehmann SchR § 35 V 2 (S. 156); Larenz SchR I § 17 I a (S. 183) und SchR II § 68 III g (S. 487); Grunsky in: Athenäum-Zivilrecht I, S. 628f.; Hellwig, Verträge, S. 296f., 342/343; Gottschalk JhJ 78 (1927/28), 295, 300/301; v. Caemmerer JZ 62, 387; Koppensteiner/Kramer, S. 60; Hadding, S. 126f.; Kupisch, S. 102; Damrau JurA 70, 726; Staudinger/W. Lorenz¹² § 812 Rn. 37.

¹³⁴ OLG Hamburg JZ 71, 424 (426); Staudinger/Seufert § 812 Rn. 8c α ; MünchKomm (Gottwald) § 334 Rn. 13; Esser SchR II § 102 I 1b (S. 345); Larenz SchR II § 68 III g (S. 488f.); Medicus Rn. 682; Koppensteiner/Kramer, S. 61; Gottschalk JhJ 78 (1927/28), 318; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 832f.; Peters AcP 173 (1973), 88f.

¹³⁵ NJW 72, 1197 und Festschr. f. Larenz, S. 831f.

¹³⁶ Hellwig, Verträge, S. 275, 297; vgl. auch Spielbüchler, S. 241f., 249f. (zum österreichischen Recht) und Wolff JhJ 84 (1934), 162f. Ebenso für den Fall des Doppelmangels: Hadding, S. 147f.; ihm folgend Fikentscher SchR § 37 III 2 f (S. 153).

¹³⁷ Vgl. Hadding und Fikentscher aaO.

Nach den allgemeinen Regeln wird bei „*Mängeln der Anweisung*“ der Durchgriff zugelassen:¹³⁸ Der Versprechende kondiziert also vom Dritten, wenn er versehentlich zuviel, doppelt oder an den falschen Adressaten geleistet hat.

b) Der Mangel des Deckungsverhältnisses

aa) Das Wahlrecht des Versprechenden

Eine doppelte Kondiktion, die es dem Versprechenden gestattet, nach seiner Wahl gegen den Versprechensempfänger oder den Dritten vorzugehen,¹³⁹ setzt voraus, daß sowohl im Verhältnis des Versprechenden zum Versprechensempfänger als auch im Verhältnis des Versprechenden zum Dritten eine *Leistung* vorliegt. Nimmt man, mit der h. M., eine *Zuwendung* des Versprechenden an den Dritten an, so *leistet* der Versprechende durch sie direkt an den Dritten den Gegenstand und befreit zugleich mittelbar den Versprechensempfänger von der Valutaschuld oder begründet für den Versprechensempfänger einen Rückleistungsanspruch gegen den Dritten (etwa nach § 607 I). Gegenüber dem Versprechensempfänger wie gegenüber dem Dritten liegt eine bewußte und zweckgerichtete Vermögensmehrung vor,¹⁴⁰ der Tatbestand der Leistungskondiktion ist erfüllt (§ 812 I 1, 1. Alt.). Dennoch ist eine doppelte Kondiktion des Versprechenden in der Regel ausgeschlossen: Nimmt man an, daß der Dritte seine Valutaforderung verliert oder mit einem Rückforderungsanspruch des Versprechensempfängers belastet wird, ist er entreichert (§ 818 III).¹⁴¹ Die Kondiktion des Versprechenden würde sich daher in der Regel nur gegen den *Versprechensempfänger* richten. Umgekehrt wäre der *Dritte* der Kondiktions-schuldner, falls ihm der Versprechensempfänger die Leistung im Valutaverhältnis nicht schuldete und auch kein Rückforderungsanspruch des Versprechensempfängers begründet würde. Dennoch blieben *Fälle* übrig, *in denen* unter den genannten Voraussetzungen *eine doppelte Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger und den Dritten möglich erscheint*: einmal bei verschärfter Haftung des Dritten nach §§ 818 IV, 819 I, 820, da sich der Dritte gegenüber dem Versprechenden dann nicht auf Entreichung (§ 818 III) berufen kann, zum anderen, wenn die Forderung des Dritten gegen den Versprechensempfänger wegen dessen Leistungsunfähigkeit wertlos war, ihr Verlust für den Dritten also keine Entreichung bedeutet, und schließlich, wenn man *Hadding*¹⁴² folgt, im Fall des Doppelmangels der Kausalverhältnisse. In diesen wenigen Fällen hätte aufgrund einer formal konsequenten Anwendung des modernen Leistungsbegriffs der Versprechende eine dop-

¹³⁸ MünchKomm (Gottwald) § 334 Rn. 14; Palandt/Thomas § 812 Anm. 5 Bb, cc; Koppensteiner/Kramer, S. 63; Lorenz JZ 71, 428; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 834 und NJW 72, 1198.

¹³⁹ S. o. bei N. 136.

¹⁴⁰ Vgl. Hadding, S. 112f.

¹⁴¹ Zur Wirkung der Zuwendung des Versprechenden auf das Valutaverhältnis s. u. unter cc β und γ.

¹⁴² S. 140f.

pelte Kondiktion gegen den Versprechensempfänger und den Dritten. Die begriffliche Ableitung genügt jedoch nicht zur Begründung einer Kondiktion. Ihre Ergebnisse sind vielmehr an den Interessen der Parteien, den Wertungen des Gesetzes und den Regeln der Dogmatik zu messen. Dabei ergeben sich zahlreiche *Einwände gegen das Wahlrecht* des Versprechenden.

Es wird eingewendet, eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger sei ausgeschlossen, da die auf § 335 gestützte *causa* lediglich einen „Hilfscharakter“ trage,¹⁴³ die primäre Leistungscausa diejenige sei, auf deren reale Erfüllung auch das Forderungsrecht des Versprechensempfängers gerichtet sei.¹⁴⁴ Ein Leistungsverhältnis des Versprechenden zum Versprechensempfänger ist demnach nicht gegeben, weil der Versprechende gegenüber dem Versprechensempfänger keinen bereicherungsrechtlich relevanten Leistungszweck verfolgt. Daß der gegenüber dem Versprechensempfänger verfolgte Leistungszweck unbeachtlich ist, wird indessen nur behauptet. Er ist es sicher nicht deshalb, weil der Versprechensempfänger nur Leistung an den Dritten verlangen kann, denn die Leistung an den Dritten bedeutet die Befreiung des Versprechensempfängers von der Valutaschuld. Im übrigen kann der Versprechende auch beim einfachen Vertrag zugunsten Dritter nur Leistung an den Dritten verlangen und doch kondiziert der Versprechende vom Versprechensempfänger.

Nach dem Leistungsbegriff der h.M. kann, so wird weiter eingewendet,¹⁴⁵ der Versprechende nur *eine* Leistung erbracht haben, da er nur *eine* Zuwendung erbracht hat. Dies trifft indessen nicht zu. Wie gezeigt, ist eine Zuwendung und damit die Grundlage einer Leistung gegenüber dem Versprechensempfänger *und* dem Dritten gegeben. Einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise sei die Vorstellung suspekt, der Versprechende könne mit *einer* Zuwendung *zwei* Vermögensvermehrungen bewirken.¹⁴⁶ Der Einwand ist begründet, trifft aber die oben genannten Fälle nicht: Beim Doppelmangel in den Kausalverhältnissen kondiziert nach *Hadding*¹⁴⁷ der Versprechende vom *Dritten* den Leistungsgegenstand, vom *Versprechensempfänger* dessen auf denselben Gegenstand gerichtete Kondiktion (Kondiktion der Kondiktion). In dieser Form mag eine „doppelte Bereicherung“ hingehen. In dem Fall, daß, wie angenommen, durch die Zuwendung des Versprechenden entweder der Versprechensempfänger oder der Dritte bereichert wird, setzt eine doppelte Kondiktion des Versprechenden keine doppelte Bereicherung voraus, da die Kondiktion bei verschärfter Haftung vom Vorliegen einer Bereicherung des Kondiktionsschuldners unabhängig ist. Dies muß als Entscheidung des Gesetzgebers hingenommen werden.

Die doppelte Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten und den Versprechensempfänger soll die notwendige Grenzziehung zwischen Leistungskondik-

¹⁴³ Lorenz AcP 168 (1968), 294.

¹⁴⁴ AaO (S. 295).

¹⁴⁵ Peters AcP 173 (1973), 80.

¹⁴⁶ Köndgen, Festg. f. Esser, S. 68.

¹⁴⁷ AaO.

tion und Kondiktion wegen Bereicherung „in sonstiger Weise“ verwischen.¹⁴⁸ Das trifft freilich nicht auf die hier erörterte Konzeption eines Wahlrechts zu: Beide Konditionen erfüllen den Tatbestand des § 812 I 1, 1. Alt., sind also Leistungskonditionen. Diese Form der doppelten Kondiktion des Versprechenden wäre auch mit der Ablehnung der Versionsklage durch das BGB in Einklang zu bringen.¹⁴⁹ Obwohl die Befreiung von der Valutaschuld mittelbar bewirkt wird und der Wert der Zuwendung durch das Vermögen des Dritten (Gläubigers) geht, ist sie als Form der Bereicherung im Sinne des § 812 I allgemein anerkannt,¹⁵⁰ insbesondere als Gegenstand der Rückgriffskondiktion.¹⁵¹

Ebensowenig überzeugt der Hinweis, auch sonst sei anerkannt, daß die Nichtigkeit einer Rechtsbeziehung nur *einen* Bereicherungsanspruch auslöse.¹⁵² Die Nichtigkeit einer Rechtsbeziehung löst ebenso viele Konditionen aus, als im Hinblick auf sie Leistungen erbracht wurden.

Weiter wird es als „widersinnig“ empfunden,¹⁵³ daß die Unwirksamkeit des Dekungsverhältnisses den Versprechensempfänger und den Dritten im Kondiktionsstadium zu Gesamtschuldnern mache, obwohl sie im Obligationsstadium nicht Gesamtgläubiger waren.¹⁵⁴ Dieser Einwand kann noch verschärft werden: Auch wenn der Versprechensempfänger und der Dritte im Obligationsstadium Gesamtgläubiger waren, könnte der Versprechensempfänger nur von dem kondizieren, an den er geleistet hat. Nicht die Stellung des Gläubigers (Gesamtgläubigers) macht zum Kondiktionsschuldner, sondern der Empfang der Leistung. Daß der Versprechende nach dem herrschenden Leistungsbegriff an den Versprechensempfänger *und* den Dritten geleistet hat, wurde dargetan.

Durchgreifend sind hingegen die *Einwände aus dem Interesse der Parteien*. Es bedeutet eine durch nichts zu rechtfertigende Bevorzugung des Versprechenden, wenn er sich denjenigen Kondiktionsschuldner aussuchen kann, von dem er keine Einwendungen zu erwarten hat oder der am zahlungskräftigsten ist.¹⁵⁵ Geht man von einer primären Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten aus, so könnte der Versprechende das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Dritten auf den Versprechensempfänger abwälzen.¹⁵⁶ Geht man hingegen davon aus, daß der Versprechende das Risiko der Insolvenz des Versprechensempfängers zu tragen hat, könnte er dieses Risiko auf den Dritten abwälzen.¹⁵⁷ Ist danach eine doppelte Kon-

¹⁴⁸ Lorenz AcP 168 (1968), 295.

¹⁴⁹ Bedenken äußert Lorenz AcP 168 (1968), 295.

¹⁵⁰ Staudinger/Seufert § 812 Rn. 11; Soergel/Mühl § 812 Rn. 195 (m. Nachw.).

¹⁵¹ Staudinger/Seufert § 812 Rn. 11; Soergel/Mühl § 812 Rn. 33; Larenz SchR II § 68 III c 1 (S. 481/482); Fikentscher SchR § 99 V 2 c (S. 604); Medicus Rn. 950.

¹⁵² Peters AcP 173 (1973), 76.

¹⁵³ Peters aaO.

¹⁵⁴ So h.M.; vgl. BGH 3, 388; Planck/Siber § 335 Anm. 1 a; Staudinger/Kaduk § 335 Rn. 11; MünchKomm (Gottwald) § 335 Rn. 1; Krefß SchR I, S. 632; Lange NJW 65, 661. *Anders:* Hellwig, Verträge, S. 310f.

¹⁵⁵ Larenz SchR II § 68 III g (S. 488); Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 832.

¹⁵⁶ So Grunsky in: Athenäum-Zivilrecht I, S. 629.

¹⁵⁷ So Peters AcP 173 (1973), 76f.

diktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger und den Dritten abzulehnen, so bleibt zu fragen, wie dieses „wertungsrichtige“ Ergebnis konstruktiv gesichert werden kann: Was dem Interesse der Parteien zuwiderläuft, darf nicht als ihr Wille unterstellt werden. Dies spricht *gegen* die Annahme einer Zuwendung des Versprechenden an den Dritten, aus der sich das Problem der Doppelkondiktion zwangsläufig ergibt. Es entfällt, wenn man die Leistung des Versprechenden an den Dritten als *Anweisungsleistung* versteht: Diese bewirkt eine Zuwendungskette vom Versprechenden zum Versprechensempfänger, vom Versprechensempfänger zum Dritten, und die Kondiktion erfolgt ausschließlich zwischen den Parteien des Deckungsverhältnisses und Valutaverhältnisses.

bb) Argumente für eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten

a) Zugunsten einer Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten bei Mängeln des Deckungsverhältnisses wird geltend gemacht, daß die Kondiktion nicht notwendig zwischen den Partnern der Kausalverhältnisse stattfinden müsse.¹⁵⁸ Ein Beweis dafür sei die Kondiktion bei der vom Schuldner nicht veranlaßten Drittleistung auf fremde Schuld (§ 267).¹⁵⁹ Dieser Beispielsfall ist umstritten,¹⁶⁰ seine Beweiskraft daher gering. Doch ist einzuräumen, daß zumindest in den Fällen eines Ablösungsrechts des Dritten (§§ 168, 1142) – um mit der h.M. zu sprechen – der Dritte mit der Leistung auf fremde Schuld einen eigenen Zweck gegenüber dem Gläubiger verfolgt, er daher bei Nichtbestehen der Schuld von dem vermeintlichen Gläubiger kondiziert. Allerdings folgt daraus, daß ein *Dritter* in bestimmten Fällen die auf den Vertrag bezogene Leistung vom vermeintlichen *Gläubiger* kondizieren kann, nicht ohne weiteres, daß in anderen Fällen der vermeintliche *Schuldner* die auf den Vertrag bezogene Leistung von einem *Dritten* kondizieren kann. Aber ganz unabhängig von konkreten Beispielsfällen ist die Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten wegen eines Mangels des Deckungsverhältnisses grundsätzlich *möglich*. Die Eigenschaft, Partner des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses zu sein, gehört nicht zum Tatbestand der Leistungskondiktion (§ 812 I 1, 1. Alt.). Die Stellung des Leistenden und Leistungsempfängers ist relativ unabhängig von den Schuldverhältnissen: Nach der h.M. kann der Versprechende mit einer Leistung auf das Deckungsverhältnis zugleich gegenüber dem Dritten einen *eigenen Leistungszweck* verfolgen. Nach der hier vertretenen Auffassung kann der Versprechende dem Dritten eine Zuwendung machen, die zur Erfüllung im Deckungsverhältnis bestimmt ist. Im Ergebnis hat nach beiden Auffassungen der Versprechende an den *Dritten* geleistet und kondiziert von ihm, wenn der verfolgte Leistungszweck verfehlt wird. Es geht also nicht um die dogmatische Möglichkeit einer Leistungskondiktion des Versprechenden gegen den Dritten, sondern darum, ob typischerweise und „im Zweifel“ eine *Leistung* des Versprechenden an den Dritten anzunehmen ist.

¹⁵⁸ Lorenz JuS 68, 443 und JZ 71, 428f.; vgl. auch H. P. Westermann JuS 68, 73f.

¹⁵⁹ Lorenz aaO.

¹⁶⁰ Zum Meinungsstand vgl. Medicus Rn. 684.

β) Auch die *Zessionsähnlichkeit*¹⁶¹ des berechtigenden Vertrages zugunsten Dritter ist nur ein schwaches Argument für eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten. Einmal müßte gezeigt werden, daß diese Ähnlichkeit auch für die Rückabwicklung, insbesondere durch Leistungskondiktion, gilt. Dies setzt die Lösung der Kondiktionsprobleme beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter bereits voraus. Zum anderen ist die Kondiktion der Leistung auf eine zedierte, aber nicht bestehende oder einwendungsbehaftete Forderung umstritten: Teils wird angenommen, der Schuldner (Versprechende) kondiziere vom Zedenten (Versprechensempfänger),¹⁶² teils wird eine Kondiktion des Schuldners (Versprechenden) vom Zessionar (Dritten) vertreten.¹⁶³ Diese Frage mag hier offen bleiben.

γ) Die Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten bei Mängeln des Deckungsverhältnisses wird auch auf §§ 334, 813 gestützt.¹⁶⁴ Der Mangel des Deckungsverhältnisses erzeugt eine Einwendung oder Einrede, die dem Versprechenden gegenüber dem Versprechensempfänger zusteht, nach § 334 aber auch dem Anspruch des Dritten entgegengesetzt werden kann, da sie sich „aus dem Vertrag“ ergibt. Kann deshalb der Versprechende die Leistung an den Dritten verweigern, so muß ihm nach § 813 die Rückforderung möglich sein, wenn er bereits geleistet hat. Gegen diese Schlußfolgerung wird eine Reihe von Gründen ins Feld geführt. *Lorenz*¹⁶⁵ äußert den Verdacht, der Gedanke, daß die Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten nach erbrachter Leistung (§ 813) die „logische Fortsetzung“ des nach § 334 gegenüber dem Dritten bestehenden Leistungsverweigerungsrechts sei, entspringe einem bloßen „Bedürfnis nach konstruktiver Symmetrie.“ Dies trifft jedoch nicht zu: Der Tatbestand des § 813 ist konsequent auch auf Einreden anzuwenden, die dem Leistungsempfänger nach § 334 entgegengehalten werden können. Ein Grund für eine teleologische Reduktion ist nicht ersichtlich. Freilich ist in den Fällen, in denen der Mangel des Deckungsverhältnisses eine *Einwendung* begründet, nach § 334 auch zwischen dem Versprechenden und dem Dritten keine Einrede im Sinne eines Leistungsverweigerungsrechts gegeben, wie sie § 813 voraussetzt, sondern eine *Einwendung*, so daß die Kondiktion des Versprechenden direkt auf § 812 I 1, 1. Alt. gestützt werden kann.

¹⁶¹ S. o. II 6 mit N. 85.

¹⁶² So BGH NJW 63, 1869; Palandt/Heinrichs § 404 Anm. 3; Erman/H. P. Westermann § 404 Rn. 3; Blomeyer SchR I § 43 IV 4 a (S. 272); Lorenz AcP 168 (1968), 292 N. 15; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 834f.; Kupisch, S. 83f.; Staudinger/W. Lorenz¹² § 812 Rn. 41 m. Nachw.

¹⁶³ RG 86, 304; RG JW 38, 1329 (1331); Bähr JhJ 1 (1857), 442f.; v. Caemmerer JZ 62, 387; Medicus NJW 71, 1366; Köndgen, Festg. f. Esser, S. 66f.; Peters AcP 173 (1973), 83; Wilhelm, S. 144 N. 276; U. Meyer, S. 158f.

¹⁶⁴ So RG JW 15, 652; Oertmann BGB § 334 Anm. 5; Staudinger/Kaduk § 334 Rn. 3, 47; Soergel/Mühl § 812 Rn. 52 a.E., § 813 Rn. 10. *Dagegen*: OLG Hamburg JZ 71, 424 (426); Planck/Siber Vorbem. III 3b γ vor § 328; Gottschalk JhJ 78 (1927/28), 307f.; Lorenz AcP 168 (1968), 291; Hadding, S. 29, 121f.

¹⁶⁵ AaO.

Weiter wird darauf hingewiesen,¹⁶⁶ daß der Versprechende nach § 334 nur Einwendungen, also Verteidigungsmöglichkeiten gegen eine Inanspruchnahme von seiten des Dritten hat. Ihm könne daher nicht aufgrund dieser Vorschrift ein Rückforderungsanspruch gegen den Dritten zustehen, nachdem er geleistet habe. In der Tat ist § 334 keine Anspruchsgrundlage; diese liegt in §§ 813, 812 I 1, 1. Alt. Die Vorschrift des § 334 füllt jedoch den Tatbestand dieser Anspruchsnormen aus, indem sie eine Einwendung oder Einrede des Versprechenden gegen die Forderung des Dritten begründet, die der auf diese bezogenen Leistung die causa nimmt.

Eine Einrede des Versprechenden, so wird ferner eingewendet,¹⁶⁷ könne sich über § 334 nur aus einer vorausgesetzten Kondition des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger ergeben, die im Wege der Einrede (§ 821) geltend gemacht und nach § 334 auch dem Dritten entgegengehalten werden könne. Danach müßten zunächst die Voraussetzungen einer Kondition des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger gegeben sein, dann würde sich über §§ 821, 813 eine zusätzliche Kondition des Versprechenden gegen den Dritten ergeben. Ein solches Wahlrecht des Versprechenden wurde oben¹⁶⁸ abgelehnt. Der Einwand geht jedoch von unzutreffenden Voraussetzungen aus: Jede denkbare Einrede (§ 273, Stundung usw.), die im Verhältnis des Versprechenden zum Versprechensempfänger gegeben ist, wird über § 334 auf das Verhältnis des Versprechenden zum Dritten übertragen und kann – mit Ausnahme der Verjährung (§§ 813 I 2, 222 II) – nach § 813 eine Kondition begründen. Der Versprechende macht in diesen Fällen die jeweilige Einrede, nicht die Bereicherungseinrede des § 821 geltend. Zu Recht wird hingegen vorgebracht, die auf den Mangel des Deckungsverhältnisses und § 813 gestützte Kondition könne dadurch ausgeschlossen sein, daß sich aus dem intakten Valutaverhältnis eine zureichende causa der Leistung des Versprechenden an den Dritten erbe.¹⁶⁹

Alle diese Einwände unterstellen, daß der Versprechende an den Dritten leistet, und übersehen damit die entscheidende Schwäche der Argumentation aus § 813. Die Vorschrift stellt lediglich die Einredebehaftetheit der mit der Leistung in Bezug genommenen Forderung der Rechtsgrundlosigkeit nach § 812 gleich und ergänzt insoweit den Tatbestand der Leistungskondition in § 812 I 1, 1. Alt.¹⁷⁰ Auch die Begründung einer Leistungskondition des Versprechenden gegen den Dritten über § 813 erfordert den Nachweis, daß der Versprechende an den Dritten geleistet hat. Das ergibt sich eindeutig aus der Fassung der Vorschrift: „Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit *Geleistete* kann *auch* dann zurückgefordert werden ...“.¹⁷¹ Zur Lösung des Leistungsproblems, das den Kern des Streits um die Kondition bei Mängeln des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter bildet, kann das Argument aus § 813 daher nichts beitragen.

¹⁶⁶ Hadding, S. 29, 122f.

¹⁶⁷ Hadding, S. 122.

¹⁶⁸ S. o. unter aa.

¹⁶⁹ Hadding, S. 29. Zur Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis s. u. cc *ß*.

¹⁷⁰ OLG Hamburg JZ 71, 424 (426); Hadding, S. 123.

¹⁷¹ Vgl. OLG Hamburg und Hadding aaO.

δ) Das Problem der Kondiktion des Versprechenden bei Mängeln des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter scheint sich auf einfache Weise zu lösen, wenn man von dem Merkmal „etwas ... erlangt“ im Tatbestand des § 812 I 1 ausgeht.¹⁷² Man setzt mit der h. M. voraus, daß der Versprechende an den Dritten die dingliche Zuwendung erbringt, und verfolgt die sich durch sie im Vermögen des Dritten und des Versprechenden ergebenden Veränderungen. Der Dritte habe durch die Zuwendung nichts „erlangt“, wenn er durch die im Valutaverhältnis eintretende Erfüllung eine Forderung gegen den Versprechensempfänger verliere (§ 362 I) oder ein Rückleistungsanspruch des Versprechensempfängers gegen ihn begründet werde (z. B. § 607 I), da dadurch seine Bereicherung sogleich entfalle („Nachteilsausgleich“).¹⁷³ Daher sei in diesen Fällen eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten ausgeschlossen.¹⁷⁴ Die Kondiktion des Versprechenden richte sich gegen den Versprechensempfänger, dessen Vermögen durch die Zuwendung des Versprechenden um die Schuldbefreiung oder den Rückleistungsanspruch vermehrt sei.¹⁷⁵ Der Dritte sei hingegen bereichert, wenn er durch die Zuwendung nach dem Inhalt des Valutaverhältnisses weder einen Anspruch gegen den Versprechensempfänger verliere noch für den Versprechensempfänger ein Rückleistungsanspruch begründet werde.¹⁷⁶ Dies sei typischerweise der Fall bei Geschäften im Valutaverhältnis, die keinen Leistungsanspruch, sondern nur „Empfangsgründe“ enthielten, also bei Handgeschäften, dem Ehemäklervertrag (§ 656), Spiel und Wette (§ 762), auch Vergleichen (§ 779). Dasselbe gelte, wenn bei Mängeln des Valutaverhältnisses dem Versprechensempfänger eine Rückforderung der Leistung nach §§ 814, 817 S. 2 versagt sei oder wenn der Versprechensempfänger den Vertrag zugunsten des Dritten als dessen indirekter Stellvertreter abschließe (§ 662). In diesen Fällen verbleibe dem Dritten die in dem Leistungsgegenstand liegende Bereicherung. Deshalb sei er Kondiktionsschuldner des Versprechenden.¹⁷⁷

Selbst wenn man davon ausgeht, daß durch die Zuwendung des Versprechenden an den Dritten ein Anspruch des Dritten untergeht (§ 362 I), kann man nicht sagen, der Dritte habe „nichts erlangt“. Die Nachteilsausgleichung,¹⁷⁸ auf die *Hadding* hinweist, ist von einem Wegfall der Bereicherung (§ 818 III) wohl zu unterscheiden. Die Ausgleichung erfaßt unmittelbare nachteilige Folgen der Zuwendungshandlung auf der Ebene der dinglichen Zuwendung. Hier sind Vorteile und Nachteile auszugleichen, um festzustellen, was und wieviel dem Empfänger zugewendet wurde. Weitere, insbesondere schuldrechtliche Folgen der Zuwendung berühren diese als solche nicht, lassen allenfalls die Bereicherung entfallen. Entfällt aber mit der Forderung des Dritten gegen den Versprechensempfänger nicht die Zuwendung des

¹⁷² So *Hadding*, S. 81 f., 109 f.; ihm folgend *Fikentscher* *SchR* § 37 III 2 f (S. 153 f.).

¹⁷³ *Hadding*, S. 85 f., 97.

¹⁷⁴ *Leonhard* *SchR* I § 179 (S. 368 f.); *Gottschalk* *JhJ* 78 (1927/28), 317 f.; *Hadding*, S. 81 f., 108 f.

¹⁷⁵ *Hadding*, S. 109 f., 116.

¹⁷⁶ *Hadding*, S. 93 f.

¹⁷⁷ *Hadding*, S. 81 f., 108 f.

¹⁷⁸ Nachweise dazu bei *Hadding*, S. 85.

Versprechenden an den Dritten, sondern nur dessen Bereicherung, so behält der Versprechende in all den Fällen die Kondiktion gegen den Dritten, in denen diese von der Bereicherung des Kondiktionsschuldners unabhängig ist, der Dritte sich nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann (§ 818 IV, 819 I, 820). Dann führt *Haddings* Konzeption zu einer doppelten Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger, die oben¹⁷⁹ abgelehnt wurde. *Peters*¹⁸⁰ stützt *Haddings* Annahme, der Dritte habe in diesen Fällen „nichts erlangt“, mit dem Hinweis auf die „im Bereicherungsrecht maßgebende wirtschaftliche Betrachtungsweise“.¹⁸¹ Eine „wirtschaftliche Betrachtung“, was immer sie bedeutet, darf jedoch den Unterschied zwischen dem Erlangten und der Bereicherung nicht nivellieren. Auch der bösgläubige Kondiktionsschuldner (§ 819 I) kann einwenden, er habe „nichts erlangt“. Damit leugnet er den „Haftungsgrund“ des Bereicherungsanspruchs. Er kann jedoch nicht mehr einwenden, „nicht bereichert“ zu sein. Die „Haftungsbegrenzung“ des § 818 III gilt für ihn nicht.¹⁸²

Im übrigen ist auch ein Wegfall der Bereicherung des Dritten durch das Erlöschen seiner Forderung gegen den Versprechensempfänger nicht ohne weiteres zuzugestehen. Zweifelhaft erscheint es, den Wert der erlöschenden Forderung des Dritten dem der Zuwendung des Versprechenden gleichzusetzen, insbesondere wenn der Versprechensempfänger leistungsunfähig oder in Konkurs gefallen ist.¹⁸³ Immerhin hat der Versprechende auf Veranlassung des Versprechensempfängers die Forderung des Dritten gegen den Versprechensempfänger erfüllt. Die Forderung hat sich damit, wenn die Leistung nicht anfechtbar ist, sogar im Konkurs des Versprechensempfängers als vollwertig erwiesen. Der entscheidende Einwand gegen *Haddings* Annahme einer Entreicherung des Dritten ist jedoch, daß gerade dann, wenn man eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten annimmt, im Valutaverhältnis keine vollwertige Erfüllung gegeben ist und der Anspruch des Dritten gegen den Versprechensempfänger nicht erlischt, sondern sich in der Regel in einen Gewährleistungsanspruch verwandelt.¹⁸⁴ Der Dritte kann im Valutaverhältnis entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten (vgl. §§ 433, 434, 440, 325). Jedenfalls ist der Dritte nicht entreichert. Der Versprechende kann von ihm kondizieren und der Dritte muß den Anspruch gegen den Versprechensempfänger aus dem Valutaverhältnis (in verwandelter Gestalt) weiterverfolgen. Das Merkmal „etwas . . . erlangt“ führt zudem auch in Fällen, in denen dem Dritten kein Anspruch gegen den Versprechensempfänger zusteht und eine Entreicherung des Dritten durch den Verlust dieses Anspruchs deshalb ausscheidet, nicht zu einer eindeutigen Kondiktion gegen den Dritten, da zugleich

¹⁷⁹ S. o. unter aa.

¹⁸⁰ AcP 173 (1973), 78.

¹⁸¹ Vgl. dazu Rothoef AcP 163 (1963), 218 f. Peters aaO führt Soergel/Mühl § 812 Rn. 181 und Esser SchR II § 101 III an.

¹⁸² Vgl. Oertmann DJZ 1915, Sp. 1066; Larenz SchR II § 70 II (S. 511).

¹⁸³ Peters AcP 173 (1973), 78.

¹⁸⁴ Palandt/Heinrichs § 334 Anm. 1 a. E.; Peters AcP 173 (1973), 78 f.

der Versprechensempfänger bereichert sein kann.¹⁸⁵ Sofern der Versprechensempfänger ohnehin eine Zuwendung an den Dritten machen wollte, insbesondere wenn eine solche Zuwendung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach (vgl. § 814), ist der Versprechensempfänger um die ersparten Aufwendungen bereichert. Auch hier müßte *Hadding* zu einer doppelten Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten und den Versprechensempfänger kommen.

Endlich ist es unangemessen, den Kondiktionsschuldner des Versprechenden nach dem Valutaverhältnis zu bestimmen, in das der Versprechende keinen Einblick hat.¹⁸⁶ Vor allem aber sollten Inhalt und Richtung der Kondiktion nicht von der formalen und oft zufälligen Gestaltung des Valutaverhältnisses abhängen, etwa davon, ob ein Verpflichtungsgeschäft erfüllt oder ein Handgeschäft geschlossen wird.

In einem wesentlichen Punkt ist *Hadding* jedoch zuzustimmen: Gerade nach dem modernen Leistungsbegriff ist eine Leistung nur zwischen den Personen möglich, zwischen denen die Zuwendung erfolgt. Daher sind die Schwierigkeiten der Konzeption, die von dem Merkmal „etwas ... erlangt“ im Tatbestand des § 812 I 1 ausgeht, auch nur dann wirklich auszuräumen, wenn man eine Zuwendung des Versprechenden allein an den Versprechensempfänger annimmt, wie dies für die Anweisungsleistung und den einfachen Vertrag zugunsten Dritter vertreten wurde.¹⁸⁷

ε) Häufig ist davon die Rede, daß beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter allgemein oder zumindest in den Fällen des „Versorgungsvertrags“ das Interesse des Dritten dem der Parteien des Deckungsverhältnisses untergeordnet, die von ihm empfangene Leistung allein vom Deckungsverhältnis abhängig sei.¹⁸⁸ Die Maßgeblichkeit des Deckungsverhältnisses erweise sich darin, daß der Versprechende ausschließlich an den Dritten leiste und causa der Leistung allein die Erfüllung des dem Dritten zugewendeten Anspruchs, letztlich also der Bestand des Deckungsverhältnisses sei (§ 334). Der Versprechende könne daher die Leistung bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses trotz des Eintritts der Erfüllung im Valutaverhältnis vom Dritten kondizieren.¹⁸⁹ Zur Begründung wird in der Regel auf die schuldrechtlichen Strukturen verwiesen: Der Dritte empfangen die Leistung aufgrund seiner Forderung gegen den Versprechenden, die aus dem Deckungsverhältnis erwachsen und von ihm abhängig sei (§ 334). Diese Akzessorietät müsse auch bereicherungsrechtlich ihren Niederschlag finden.¹⁹⁰ Dahinter dürfte die Vorstellung stehen, daß die Kon-

¹⁸⁵ Peters AcP 173 (1973), 79.

¹⁸⁶ Peters AcP 173 (1973), 88.

¹⁸⁷ S. o. § 4 II 2 (zur Anweisung); § 11 (zum einfachen Vertrag zugunsten Dritter).

¹⁸⁸ BGH 58, 184 (188); Ulmer AcP 126 (1926), 144 f.; v. Caemmerer JZ 62, 387; Lange NJW 65, 659; Lorenz AcP 168 (1968), 294; ders. JuS 68, 443 f. und JZ 71, 428; E. Schmidt JZ 71, 605, 607 f.; Grunsky in: Athenäum-Zivilrecht I, S. 629 N. 36; Medicus Rn. 683. In der Rechtsfolge differenzierend: Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 831. *Kritisch*: Peters AcP 173 (1973), 83.

Dagegen: OLG Hamburg JZ 71, 424 (426).

¹⁸⁹ So bes. Ulmer und v. Caemmerer aaO.

¹⁹⁰ Canaris aaO.

diktion des Versprechenden gegen den Dritten bei Mängeln des Deckungsverhältnisses dem *Willen der Parteien* entspricht, auch wenn in diesem Zusammenhang nur selten direkt vom Parteiwillen gesprochen wird. Gelegentlich wird unterstellt, der Dritte unterwerfe sich hinsichtlich der Leistung dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag, indem er das ihm zugedachte Recht nicht zurückweise (§ 333).¹⁹¹ Die Abhängigkeit des Dritten vom Deckungsverhältnis wird auch damit erklärt, daß im Valutaverhältnis eine unentgeltliche Zuwendung des Versprechensempfängers an den Dritten vorliege und dieser sich deshalb die Unterordnung seiner Interessen unter die des Versprechenden und des Versprechensempfängers gefallen lassen müsse.¹⁹² Bei alledem wird vorausgesetzt, daß die Rückabwicklung zwischen dem Versprechenden und dem Dritten dem Interesse der Parteien des Deckungsverhältnisses entspricht. Dies ist jedoch nicht der Fall, soweit – wie es gerade für den „Versorgungsvertrag“ typisch ist¹⁹³ – im Deckungsverhältnis Leistungen „ausgetauscht“ werden. Daher kann nicht angenommen werden, daß der Versprechende ausschließlich an den Dritten und mit Bezug allein auf das Deckungsverhältnis leisten und der Versprechensempfänger den Versprechenden zu einer solchen Leistung verpflichten will. Eine „Unterwerfung“ des Dritten wäre nur für das Valutaverhältnis bedeutsam: Er kann einräumen, daß mit einer vom Deckungsverhältnis abhängigen Leistung sein Anspruch gegenüber dem Versprechensempfänger erfüllt ist. Den Inhalt der Leistung des Versprechenden kann er nicht beeinflussen: Nimmt der Dritte die Leistung an, so gilt sie in dem vom Versprechenden gewollten und erklärten Sinn. So schwach man sich die Rechtsposition des Dritten im Valutaverhältnis auch vorstellt (unentgeltlicher Erwerb, Erwerb ohne Anspruch auf die Leistung, Anspruch nur auf die Forderung gegen den Versprechenden), die Abhängigkeit der Forderung des Dritten gegen den Versprechenden vom Deckungsverhältnis (§ 334) und die Tatsache, daß der Dritte die Leistung auch zur Tilgung dieser Forderung erhält, mögen beweisen, daß aus der Person des Dritten keine Bedenken gegen eine Kondiktion des Versprechenden bestünden: Die positiven Voraussetzungen einer solchen Kondiktion sind damit nicht dargetan.¹⁹⁴

cc) Argumente für eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger

α) Die Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger wird einmal mit Hilfe des *Leistungsbegriffs* der h.M. begründet. Nach *Koppensteiner/Kramer*¹⁹⁵ leistet der Versprechende primär im Hinblick auf seine Verbindlichkeit gegenüber dem Versprechensempfänger. Dagegen spricht *Lorenz*¹⁹⁶ vom „Hilfscha-

¹⁹¹ So Oertmann BGB § 334 Anm. 5; Ruppert, S. 70, 106f. *Dagegen*: Peters AcP 173 (1973), 83.

¹⁹² Ulmer aaO; E. Schmidt JZ 71, 605. Zur Bedeutung der Unentgeltlichkeit des Valutaverhältnisses s. u. dd und ff α, γ.

¹⁹³ S. u. cc η und dd.

¹⁹⁴ Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 831/832.

¹⁹⁵ S. 60.

¹⁹⁶ AcP 168 (1968), 294.

rakter“ der auf den Anspruch des Versprechensempfängers gegen den Versprechenden gestützten *causa*. Beide Stellungnahmen sind (zunächst) nur Behauptungen. Sie suchen eines der vorhandenen und mit der Leistung in Bezug genommenen Kausalverhältnisse so abzuwerten, daß es ein Leistungsverhältnis nicht zu begründen vermag und für die Kondiktion unbeachtlich ist. Grundsätze für diese Bewertung bieten *Köndgen*¹⁹⁷ und *Medicus*.¹⁹⁸ Nach *Köndgen* ist die Leistung des Versprechenden der Kausalbeziehung zuzuordnen, in der nach dem Willen der Partner des Deckungsverhältnisses „der wesentliche wirtschaftliche Erfolg des Geschäfts“ eintreten soll. Ähnlich stellt der BGH¹⁹⁹ auf den „wirtschaftlichen Schwerpunkt“ der Vereinbarung des Versprechenden mit dem Versprechensempfänger zugunsten des Dritten ab. *Medicus* bringt die h. M. auf die Formel: „Beim echten Vertrag zugunsten Dritter ist Empfänger der Leistung des Versprechenden, wer in engerer Verbindung zu dem mit dieser Leistung verfolgten Zweck steht“. Diese Formulierungen sind freilich zu allgemein, um im konkreten Fall eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger oder den Dritten begründen zu können. Zu Recht nennt *Larenz*²⁰⁰ *Köndgens* Kriterium „wenig praktikabel“.

Vom Leistungsbegriff der h. M. aus argumentiert auch *Esser*,²⁰¹ der eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten mit der Begründung ablehnt, zwischen ihnen bestehe kein Leistungsverhältnis, da die Rechtsverleihung nach § 328 zwischen ihnen „keine Schuldbeziehung“ schaffe. Dagegen führt *Canaris*²⁰² aus: Als allgemeine Aussage sei dies falsch, denn offenbar liege ein Schuldverhältnis im Sinne des § 241 vor. Als auf den bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff bezogene Aussage sei es eine *petitio principii*, ein Fall begriffsjuristischer Inversionsmethode. *Essers* Feststellung läßt sich wohl dahin auslegen, daß beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter zwischen dem Versprechenden und dem Dritten kein Schuldverhältnis besteht, das als *causa* fungieren, damit ein Leistungsverhältnis und die Leistungskondiktion begründen kann.²⁰³ Treffend formuliert E. *Schmidt*,²⁰⁴ dem Schuldverhältnis des Versprechenden gegenüber dem Dritten fehle „die Qualität als Rechtsgrundverhältnis“. So genommen ist die Aussage *Essers* vertretbar, wiederholt freilich nur in anderer Form die Behauptung einer Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger und bedürfte ihrerseits der Begründung.

β) Die Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses wird auch deshalb befürwortet, weil die Kondiktion gegen den Dritten ausgeschlossen sei: Der Dritte habe aufgrund des

¹⁹⁷ Festg. f. *Esser*, S. 68 im Anschluß an *Lorenz* AcP 168 (1968), 287 f.; ähnl. BGH 58, 184 (186).

¹⁹⁸ Rn. 683.

¹⁹⁹ AaO.

²⁰⁰ SchR II § 68 III g (S. 488).

²⁰¹ SchR II § 102 I 1 b (S. 346).

²⁰² NJW 72, 1197 und Festschr. f. *Larenz*, S. 829.

²⁰³ In diesem Sinn stimmt OLG Hamburg JZ 71, 425 f. *Esser* zu.

²⁰⁴ JZ 71, 605 (zu den „Abkürzungsverträgen“).

intakten Valutaverhältnisses mit Rechtsgrund erworben.²⁰⁵ Hiergegen läßt sich einwenden, das Valutaverhältnis sei nicht Kausalverhältnis der Leistung des Versprechenden an den Dritten oder die causa aufgrund des Valutaverhältnisses wirke nicht gegenüber dem Versprechenden. Nach *Lorenz*²⁰⁶ setzt der Versprechende weder beim einfachen noch beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter eine Tilgungsbestimmung für das Valutaverhältnis. Dies kann jedoch nicht bedeuten, daß eine solche Tilgungsbestimmung überhaupt fehlt; denn nach allgemeiner Ansicht tritt durch die Zuwendung des Versprechenden im Valutaverhältnis Erfüllung ein. Geht man mit der h. M. von einer Zuwendung des Versprechenden an den Dritten aus, die die stattfindenden Leistungen trägt, so kann es auf zwei Wegen zur Erfüllung im Valutaverhältnis kommen: Entweder trifft der Versprechende die Tilgungsbestimmung und leistet nach § 267 auf fremde Schuld oder der Versprechensempfänger trifft, mit Zustimmung des Versprechenden, die Tilgungsbestimmung und wird dadurch nach der h. M. zum Leistenden gegenüber dem Dritten. In beiden Fällen ist die Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis dem Versprechenden gegenüber wirksam. Dies bedeutet jedoch *nicht* notwendig, daß eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten aufgrund eines Mangels im Deckungsverhältnis oder Vollzugsverhältnis wegen der im Valutaverhältnis eingetretenen Erfüllung ausgeschlossen wäre. Es liegt eine Zuwendung des Versprechenden mit mehrfacher Tilgungsbestimmung vor. Damit kommt es zu einer Konkurrenz der Rechtsgründe. Sie kann von den Parteien verschieden geregelt werden: Schon die Erfüllung *eines* Leistungszwecks kann den Leistungsempfänger zum Behalten des Gegenstandes berechtigen (alternative Anordnung der Rechtsgründe) oder das Recht zum Behalten des Leistungsgegenstandes kann gleichzeitige Erfüllung *aller* Leistungszwecke voraussetzen (kumulative Anordnung der Rechtsgründe). Demnach könnte der Versprechende bei der Zuwendung bestimmen, daß der Dritte den Gegenstand nur behalten darf, wenn im Vollzugsverhältnis, im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis zugleich Erfüllung eintritt. Dann könnte der Versprechende trotz Erfüllung im Valutaverhältnis wegen eines Mangels im Deckungsverhältnis oder Vollzugsverhältnis kondizieren. Die Frage, wie der Versprechende trotz im Valutaverhältnis eingetretener Erfüllung wegen eines Mangels im Deckungsverhältnis vom Dritten kondizieren kann, läßt sich „kausalrechtlich“ lösen. Die Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis gibt dem Dritten nicht notwendig ein Recht zum Behalten des Leistungsgegenstandes und schließt damit eine Leistungskondiktion des Versprechenden nicht aus.

Freilich ist eine Leistung an den Dritten mit solcher causa nur dann eine vollwertige Erfüllung im Valutaverhältnis, wenn dieses ihm lediglich Anspruch auf eine vom Deckungsverhältnis abhängige Leistung gibt. Inhalt typischer Schuldverhältnisse ist ein Anspruch auf eine Leistung, deren Behaltendürfen allein vom Bestand des Schuldverhältnisses selbst und vom Eintritt der Erfüllung in ihm abhängt. Es wäre

²⁰⁵ Staudinger/Kaduk § 334 Rn. 4; Enneccerus/Lehmann SchR § 35 V 3 (S. 157); Koppensteiner/Kramer, S. 60.

²⁰⁶ AcP 168 (1968), 293; anders insbes. Gottschalk JhJ 78 (1927/28), 313 f.

also erst einmal nachzuweisen, daß das Valutaverhältnis das Leistungsinteresse des Dritten dem Deckungsverhältnis unterordnet.²⁰⁷

γ) Zugunsten einer Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger wird auch vorgebracht, daß durch die Leistung des Versprechenden an den Dritten das Valutaverhältnis „endgültig abgewickelt“²⁰⁸ sei, diese Leistung für das Valutaverhältnis „abschließende Wirkung“²⁰⁹ habe. Könne der Versprechende den Leistungsgegenstand wegen eines Mangels im Deckungsverhältnis kondizieren, so werde das Valutaverhältnis wieder „aufgestört“, d.h. es erweise sich, „daß der Versprechensempfänger nicht gehörig erfüllt, nämlich einen Gegenstand geleistet habe, an den ein Herausgabeanspruch des Versprechenden geknüpft war, und damit die Leistungspflicht des Versprechensempfängers wieder neu hervortrete“.²¹⁰ Sicherungen und Bürgschaften für die Valutaschuld seien erloschen und müßten neu bestellt werden.²¹¹ Ein solcher Eingriff des Versprechenden in das Valutaverhältnis sei unzulässig.²¹² Dieses Argument kann nicht nur gegen ein Wahlrecht des Versprechenden vorgebracht werden,²¹³ sondern auch gegen eine einzeln stehende Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten und spricht damit für eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger. Freilich ist seine Überzeugungskraft bestritten. Ist der Leistungsgegenstand an den Versprechenden herauszugeben, so ist er mit der Kondiktion des Versprechenden, also mit dem Recht eines Dritten belastet. An diesen Rechtsmangel knüpfen sich im Valutaverhältnis Gewährleistungsfolgen: etwa ein Recht des Dritten (Käufers) auf Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 433, 434, 440, 325. Diese Folgen sind für den *Versprechensempfänger* in der Regel so belastend, daß für ihn eine Kondiktion des Versprechenden innerhalb des Deckungsverhältnisses, die das Valutaverhältnis unberührt läßt, vorteilhafter ist.²¹⁴ Diese Lösung ist auch für den *Dritten* günstiger, da er den geleisteten Gegenstand behält. In der Regel widerspricht daher das „Aufstören“ des Valutaverhältnisses durch eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten wegen eines Mangels im Deckungsverhältnis dem Parteiinteresse.

δ) Für eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger spricht die vielfach gezogene Parallele zwischen berechtigendem Vertrag zugunsten Dritter und angenommener Anweisung.²¹⁵ Auch die Rechtsverleihung an den Drit-

²⁰⁷ Dazu s. o. unter bb. e.

²⁰⁸ OLG Hamburg JZ 71, 424 (426).

²⁰⁹ BGH 5, 281 (285).

²¹⁰ OLG Hamburg aaO.

²¹¹ Gottschalk JhJ 78 (1927/28), 309.

²¹² BGH, OLG Hamburg aaO; Planck/Siber Vorbem. III 3 b γ vor § 328, § 334 Anm. 1 b; Gottschalk JhJ 78 (1927/28), 309 f.; Peters AcP 173 (1973), 87 f.

²¹³ So Planck/Siber aaO; Lorenz AcP 168 (1968), 295 f. Zum Wahlrecht des Versprechenden s. o. unter aa.

²¹⁴ Peters AcP 173 (1973), 90 mit N. 72 a.

²¹⁵ v. Tuhr AT II 1, S. 36; Heck SchR § 50, 5 (S. 150); Koppensteiner/Kramer, S. 59 f.; Hellwig, Verträge, S. 147; Kupisch, S. 100. Für den „Abkürzungsvertrag“: Köndgen, Festg. f. Esser, S. 69 N. 107; Medicus Rn. 681.

ten nach § 328 habe den Zweck, die Rechtsstellung des Dritten zu verstärken und den Versprechensempfänger zu entlasten.²¹⁶ Die Analogie zur angenommenen Anweisung beweist, daß allein die Tatsache der Rechtsverleihung an den Dritten und der Leistung des Versprechenden auch auf dessen Forderung nicht gegen eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger spricht. Die Analogie vermag jedoch eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger nur dann positiv zu begründen, wenn gezeigt werden kann, daß der berechtigende Vertrag zugunsten Dritter *ausschließlich* den Zweck des Akzepts und nicht (in bestimmten Fällen) zugleich weitergehende Zwecke verfolgt, die die Kondiktion bestimmen.

e) Zugunsten einer Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter führt man den Vergleich mit dem einfachen Vertrag zugunsten Dritter an.²¹⁷ Die Rechtsverleihung an den Dritten solle *diesen*, nicht den Versprechenden, begünstigen.²¹⁸ Sie solle dem Dritten ausschließlich Vorteile, nicht auch Nachteile bringen. Setze man den Dritten wegen seines Forderungsrechts gegen den Versprechenden der Kondiktion des Versprechenden aus, so stehe er im Stadium der Kondiktion gerade deshalb ungünstiger, weil der Versprechende und der Versprechensempfänger seine Stellung im Obligationsstadium verstärkt hätten.²¹⁹ Dies klinge, so wendet *Lorenz*²²⁰ ein, zunächst bestechend, gehe aber an der typischen Interessenbewertung beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter vorbei, berücksichtige die Unterordnung des Dritten unter die Deckungsbeziehung nicht. Danach ist die Analogie zum einfachen Vertrag zugunsten Dritter kein eigenständiges Argument: Es scheint alles auf die Wertungsfrage anzukommen, ob oder in welchen Fällen das Valutaverhältnis beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter wie beim einfachen Vertrag und den Anweisungsfällen gegenüber dem Deckungsverhältnis selbständig oder wann es ihm untergeordnet ist.²²¹ Der Hinweis auf den einfachen Vertrag zugunsten Dritter ist damit jedoch nicht völlig entkräftet. Jedenfalls bedarf es einer besonderen Begründung, daß der Dritte nach dem Willen des Versprechenden und des Versprechensempfängers den Vorteil eines Forderungsrechts gegen den Versprechenden nur um den Preis der Abhängigkeit seines Erwerbs vom Deckungsverhältnis erhalten soll.

§) Gegen eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten und damit *für* eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger spricht die Regelung des Bereicherungsausgleichs im Falle des Doppelmangels. Nach allgemei-

²¹⁶ Hellwig, Medicus aaO; Hadding, S. 79; Lorenz AcP 168 (1968), 289. Für den „Abkürzungsvertrag“: Canaris NJW 72, 1198 und E. Schmidt JZ 71, 604.

²¹⁷ Gottschalk JhJ 78 (1927/28), 308, 318; ihm folgend Leonhard SchR I, S. 368; ebenso U. Meyer, S. 153; Wetzel, S. 49. Für den „Abkürzungsvertrag“: E. Schmidt JZ 71, 606. *Dagegen*: Lorenz AcP 168 (1968), 292f.

²¹⁸ E. Schmidt aaO.

²¹⁹ Gottschalk, U. Meyer, Wetzel, aaO.

²²⁰ AaO.

²²¹ Dazu s. o. unter bb e.

ner Ansicht steht bei einem Mangel des Valutaverhältnisses dem *Versprechensempfänger* die Leistungskondition gegen den Dritten zu.²²² Ist nun zugleich das Deckungsverhältnis mangelhaft (Doppelmangel), so tritt dazu eine Leistungskondition des *Versprechenden* gegen den Dritten hinsichtlich desselben Gegenstandes, sofern man allgemein bei Mängeln des Deckungsverhältnisses eine Kondition des Versprechenden gegen den Dritten annimmt. Ausdrücklich gibt, soweit ersichtlich, nur *Hadding*²²³ beide Konditionen nebeneinander. Doch ist diese Konkurrenz der Konditionen im Fall des Doppelmangels die unausweichliche Konsequenz der Bereicherungsregelung für den Fall eines Mangels in den einzelnen Kausalverhältnissen. Ist bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses die Leistungskondition des Versprechenden gegen den Dritten begründet, so entfallen ihre Voraussetzungen nicht dadurch, daß auch das Valutaverhältnis an einem Mangel leidet. Umgekehrt hängt die Leistungskondition des Versprechensempfängers gegen den Dritten wegen eines Mangels des Valutaverhältnisses nicht vom Deckungsverhältnis ab. Durch die beiden gegen ihn gerichteten Konditionen wird der Dritte zugleich verpflichtet, den Leistungsgegenstand an den Versprechenden und an den Dritten zurückzugeben. Schon diese Rechtsfolge erscheint bedenklich. Doch kann der Dritte sich wohl dadurch, daß er den Leistungsgegenstand an einen von ihnen herausgibt, auch von der Kondition des anderen befreien. Zwar wird sich der Dritte, wenn ihm der die Kondition des anderen auslösende Tatbestand bekannt ist (§ 819 I), nicht auf Entreicherung (§ 818 III) berufen können. Er wird jedoch über §§ 818 IV, 292, 989 befreit, da ihm die Erfüllung der Herausgabepflicht gegenüber dem *einen* im Verhältnis zum *anderen* nicht als Verschulden angerechnet werden kann. Ergeben sich damit aus der Konkurrenz der Konditionen für den Dritten keine praktischen Nachteile, so ist doch zu bezweifeln, daß wirklich zwischen dem Versprechenden und dem Dritten einerseits und dem Versprechensempfänger und dem Dritten andererseits der Tatbestand einer Kondition erfüllt ist. Bei „*natürlicher Betrachtung*“ kann der Dritte denselben Gegenstand nicht zugleich durch Leistung des Versprechenden und des Versprechensempfängers erwerben. Beides schließt sich aus. Das *Recht* freilich könnte sich davon lösen und ein und dieselbe Zuwendung mehreren Subjekten als Leistung zurechnen.²²⁴ Eine gesetzliche Regelung oder Parteivereinbarung ist jedoch nur dann in diesem Sinn zu interpretieren, wenn bestimmte vom Gesetzgeber oder den Parteien verfolgte Zwecke diese atypische Rechtsfolge fordern. Die konkurrierende Leistungskondition des Versprechensempfängers und des Versprechenden gegen den Dritten ist rechtlich und wirtschaftlich sinnlos und daher abzulehnen.²²⁵

Damit steht zunächst fest, daß bei einem Doppelmangel der Kausalverhältnisse nur entweder die Kondition des *Versprechenden* gegen den Dritten oder die Kondition des *Versprechensempfängers* gegen den Dritten eine *Leistungskondition*

²²² Nachweise s. o. N. 133.

²²³ S. 140f.; ihm folgend Fikentscher SchR § 37 III 2f (S. 153f.).

²²⁴ So zu Recht Köter AcP 153 (1954), 221 gegen Barnstedt, S. 51.

²²⁵ Ebenso Peters AcP 173 (1973), 80f.; ähnlich Larenz SchR I § 17 Ia (S. 183).

sein kann. Wollte man die Konkurrenz der beiden Konditionen aufrecht erhalten, so müßte man eine von ihnen als Kondition wegen Bereicherung „in sonstiger Weise“ begründen. Hat also beispielsweise der *Versprechende* den Gegenstand an den Dritten geleistet, so müßte der Dritte diesen Gegenstand „in sonstiger Weise“ auf Kosten des *Versprechensempfängers* erlangt haben. Dies könnte man etwa damit begründen, daß der Leistungserwerb des Dritten und die Gegenleistung des *Versprechensempfängers* an den *Versprechenden* im Deckungsverhältnis eine einheitliche Vermögensverschiebung bildeten. Diese Konstruktion ist jedoch abzulehnen. Die Gegenleistung des *Versprechensempfängers* an den *Versprechenden* ist gegenüber dem Leistungsempfang des Dritten vom *Versprechenden* ein selbstständiger Vermögensvorgang. Daß die Gegenleistung des *Versprechensempfängers* in manchen Fällen durch die Leistung des *Versprechenden* an den Dritten motiviert ist und daß der Sinn der Gegenleistungspflicht des *Versprechensempfängers* im Deckungsverhältnis darin liegt, ihn von der Leistungspflicht im Valutaverhältnis durch die Leistung des *Versprechenden* an den Dritten zu entlasten, genügt nicht, um die erforderliche Einheit der Vermögensverschiebung zu begründen. Für diese Beurteilung sind nicht dogmatisch-konstruktive Überlegungen oder eine „phänomenologische“ Betrachtung der Vermögensbewegung maßgebend, sondern die rechtliche Wertung, daß der Dritte sich beim Bereicherungsausgleich mit seinem Partner im Valutaverhältnis nicht dessen Vermögensdispositionen im Deckungsverhältnis entgegenhalten zu lassen braucht.²²⁶ Im übrigen könnte nach dieser Begründung der *Versprechensempfänger* vom Dritten nicht den Leistungsgegenstand, sondern nur den Wert seiner Gegenleistung im Deckungsverhältnis kondizieren.

Hat umgekehrt der Dritte den Gegenstand durch *Leistung* des *Versprechensempfängers* erhalten, so ist nicht ersichtlich, wie der Dritte den Gegenstand zugleich „in sonstiger Weise“ auf Kosten des *Versprechenden* erworben haben sollte. Die Veräußerung des Gegenstands an den Dritten, die dem *Versprechensempfänger* als Leistung zugerechnet wird, kann nicht zugleich im Rahmen der Nichtleistungskondition dem *Versprechenden* als Entreicherung angerechnet werden.

Nach alldem ist man gezwungen, entweder die Kondition des *Versprechenden* oder die Kondition des *Versprechensempfängers* gegen den Dritten fallenzulassen. Da die Leistungskondition des *Versprechensempfängers* gegen den Dritten bei mangelhaftem Valutaverhältnis als gesichert gelten darf, wird man die behauptete Leistungskondition des *Versprechenden* gegen den Dritten aufgeben müssen. Für sie gibt es eine Alternative: Kondiziert bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses der *Versprechende* vom *Versprechensempfänger*, so tritt keine der eben beschriebenen Schwierigkeiten auf. Die beiden Leistungskonditionen (des *Versprechenden* gegen den *Versprechensempfänger*, des *Versprechensempfängers* gegen den Dritten) ergänzen sich, beruhen auf der einsichtigen Vorstellung einer Leistungskette.

η) Die Kondition innerhalb der Kausalverhältnisse sichert auch beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter die Gegenseitigkeit der Rückabwicklung, ermög-

²²⁶ Auch nicht über § 818 III.

licht die Anwendung der Saldotheorie, erhält die im Verhältnis zum Vertragspartner begründeten Einreden, Zurückbehaltungsrechte und Aufrechnungsmöglichkeiten.²²⁷ Das Interesse an der Gegenseitigkeit der Rückabwicklung innerhalb des Deckungsverhältnisses ist besonders stark, wenn der Versprechensempfänger an den Versprechenden bereits geleistet hat, bevor dieser seinerseits leistet. Es kommt dabei nicht darauf an, daß beide Leistungen in einem synallagmatischen Zusammenhang stehen. Berechtigende Verträge zugunsten Dritter sehen in aller Regel zumindest in einem weiteren Sinn Leistung und Gegenleistung vor (Gutsübergabe – Abfindungsleistung, Prämienzahlung – Versicherungsleistung, Schenkung – Vollzug der Auflage). Eine Schenkung des Versprechenden an den Versprechensempfänger durch Vertrag zu Rechten des Dritten ist denkbar, aber wohl selten.²²⁸ Regelmäßig *leistet* der Versprechensempfänger *vor*: Der Lebensversicherer zahlt die Versicherungssumme, nachdem er Prämien eingenommen hat, der Übernehmer eines Guts oder Vermögens zahlt die Abfindung nach der Übernahme, der Beschenkte vollzieht die Auflage nach Erhalt des Geschenks.²²⁹ Da demnach gerade in den für den berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter typischen Fällen (§ 330), wenn es zur Kondition des Versprechenden kommt, auch der Versprechensempfänger geleistet hat, wiegen die Vorteile der gegenseitigen Abwicklung innerhalb des Deckungsverhältnisses besonders schwer. Sie entfallen, wenn der Versprechensempfänger seine Leistung vom Versprechenden, dieser seine Gegenleistung vom Dritten kondiziert. Zugleich entstehen dann erhebliche praktische, insbesondere prozessuale Schwierigkeiten.²³⁰ Mit der Kondition innerhalb der Kausalverhältnisse wird zugleich die bestmögliche Regelung des Insolvenzrisikos für die Leistungskondition erreicht.²³¹ Einmal wird dieses Risiko durch die Saldotheorie stark verringert. Zum anderen wollen im allgemeinen die Parteien nur das Risiko der Insolvenz ihres Vertragspartners übernehmen. Nur ihn können sie auswählen, seine Zahlungsfähigkeit überwachen, nur in seiner Person also das Insolvenzrisiko einigermaßen beherrschen.²³² Gegen eine Kondition innerhalb des Deckungsverhältnisses wird eingewandt,²³³ der Versprechende und der Versprechensempfänger hätten durch die Einbeziehung des Dritten die Zerstörung des Gegenseitigkeitsverhältnisses bewußt in Kauf genommen. Daher bestehe kein Anlaß, sie durch dessen künstliche Aufrechterhaltung zu schützen. Die Beteiligung des Dritten im *Erfüllungsstadium* zwingt indessen nicht zur *Rückab-*

²²⁷ Larenz SchR II § 68 IIIg (S. 488); Koppensteiner/Kramer, S. 60; Canaris NJW 72, 1197 und Festschr. f. Larenz, S. 830f.; Peters AcP 173 (1973), 84f. S.o. § 4 II 1b, bb (zu den Anweisungsfällen).

²²⁸ Vgl. Peters AcP 173 (1973), 84.

²²⁹ Vgl. Peters aaO.

²³⁰ Dazu s.o. § 4 II 1b, bb γ (zu den Anweisungsfällen) und Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 830f.; Peters AcP 173 (1973), 84f.; Koppensteiner/Kramer, S. 60f.; U. Meyer, S. 160.

²³¹ Gottschalk JhJ 78 (1927/28), 316; Zeiss AcP 165 (1965), 332f.; Canaris NJW 72, 1197 und Festschr. f. Larenz, S. 831; Peters AcP 173 (1973), 90; Wilhelm JuS 73, 7f. S.o. § 4 II 1b, bb α (zu den Anweisungsfällen).

²³² Vgl. bes. Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 831.

²³³ U. Meyer, S. 160/161; vgl. auch Peters AcP 173 (1973), 91 und Wetzels, S. 91.

wicklung zwischen ihm und dem Versprechenden, bedeutet nicht notwendig einen Verzicht des Versprechenden und des Versprechensempfängers auf die gegenseitige Abwicklung innerhalb des Deckungsverhältnisses. Ein unnötiger Interessenverzicht darf aber nicht unterstellt werden. E. Schmidt²³⁴ scheint es für einen Vorzug zu halten, daß bei „Versorgungsverträgen“ der Versprechende das Insolvenzrisiko in der Person des Dritten tragen soll, begründet dies jedoch nicht näher. Als Grund käme nur in Frage, daß das Interesse an der „Wertverfolgung“,²³⁵ also an der Kondiktion gegen den tatsächlichen Empfänger des Leistungsgegenstands bei „Versorgungsverträgen“ größer wäre als sonst und die Vorteile der gegenseitigen Abwicklung überwiegen würde. Dies ist jedoch nicht der Fall: Typischerweise hat der Versprechende – auch der Versicherer bei der Lebensversicherung – vom Versprechensempfänger einen entsprechenden Gegenwert erhalten, wenn seine Leistung fällig ist, so daß dieser ihm bei der Rückabwicklung ausreichende Sicherheit bietet. An der Rückgewähr des Leistungsgegenstands selbst ist der Versprechende gerade bei „Versorgungsverträgen“ nicht interessiert: Er leistet meist Geld, oft auch Betreuung, die in Natur ohnehin nicht rückerstattet werden kann.

9) Für die Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse spricht auch, daß sie mit einem Minimum an Güterverschiebungen bei der Rückabwicklung auskommt.²³⁶ Da die Saldotheorie direkte (bei Austauschverträgen) oder analoge Anwendung findet, braucht im Deckungsverhältnis nur der Versprechende oder der Versprechensempfänger den Wertsaldo der erbrachten Leistungen herauszugeben. Das Valutaverhältnis bleibt unberührt. Kondiziert der Versprechende vom Dritten, hat dieser dem Versprechenden, der Versprechende dem Versprechensempfänger die volle Leistung herauszugeben und die Leistungspflicht des Versprechensempfängers gegenüber dem Dritten lebt wieder auf.

dd) Die typologische Unterscheidung zwischen „Abkürzungsvertrag“ und „Versorgungsvertrag“

Die Frage der Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger oder den Dritten kann nicht allein durch Sammeln und Abwägen einzelner Lösungsgesichtspunkte beantwortet werden. Die wohl h. M. unterscheidet zwei Fallgruppen: „Abkürzungsverträge“ und „Versorgungsverträge“,²³⁷ die typologisch abgegrenzt werden, d. h. nach einem Gesamtbild, dessen Züge stärker oder schwächer ausgeprägt sein können, bei dem die starke Ausprägung einzelner Merkmale das Fehlen anderer aufwiegen kann.²³⁸

Der „Abkürzungsvertrag“ ist das für die Anweisungsfälle kennzeichnende Deckungsverhältnis. Er steht durch die Person des Anweisenden (Deckungsgläubigers)

²³⁴ JZ 71, 608.

²³⁵ Vgl. U. Meyer, S. 161.

²³⁶ Peters AcP 173 (1973), 90.

²³⁷ Nachweise s. o. N. 129.

²³⁸ Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 443 f., 448 (Ganzheits- oder Gestalttypus), 450 f. (Strukturtypus).

mit dem Valutaverhältnis in Verbindung, in dem der Anweisende denselben Gegenstand, den er im Deckungsverhältnis vom Angewiesenen zu fordern hat, seinerseits dem Empfänger schuldet. Die zur Erfüllung dieser Leistungspflichten an sich notwendige Leistungskette (Angewiesener – Anweisender – Empfänger) wird durch die Anweisungsleistung des Angewiesenen an den Empfänger abgekürzt.²³⁹ Die Erfüllung der Leistungspflicht des Anweisenden im Valutaverhältnis durch Leistung des Anweisenden, aber auf abgekürztem Wege, ist der Zweck des Deckungsverhältnisses. Wenden die Parteien des „Abkürzungsvertrags“ dem Dritten ein Forderungsrecht gegen den Versprechenden zu, so dient es ausschließlich der Verstärkung seiner Rechtsposition im Valutaverhältnis.

Demgegenüber kennzeichnet den „Versorgungsvertrag“ im Deckungsverhältnis die „einverständlich zugunsten des Dritten gesetzte Versorgungscausa“.²⁴⁰ Ziel des Vertrags und damit der Leistung des Versprechenden ist die Versorgung des Dritten. Dies ist wohl so zu verstehen: Die Versorgung des Dritten ist zunächst Inhalt des Valutaverhältnisses zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten. Der Versprechensempfänger bedient sich dazu der Leistung des Versprechenden und erhebt die Versorgung des Dritten auch zum Zweck des Deckungsverhältnisses. Versorgung oder, wie die Protokolle²⁴¹ formulieren: „Fürsorge“, bedeutet Leistung des Unterhalts, eines Unterhaltsbeitrags oder bestimmter Teilbereiche des Unterhalts: Betreuung, Leistung von Heilfürsorge im Krankheitsfall, Zahlung von Ausbildungskosten usw. Bei solcher Versorgungsleistung des Versprechenden scheide der Versprechensempfänger als Leistungsempfänger von vornherein aus. Damit entfalle der Gedanke einer über ihn führenden Leistungskette.²⁴² Die Leistung des Versprechenden verliere ihren Sinn, wenn sie nicht an den Dritten erbracht werden könne, weil dieser sie etwa ablehne, weil er seinen Wohnsitz geändert habe usw. Die Leistung sei dann unmöglich oder könne nur mit verändertem Inhalt an den Versprechensempfänger erbracht werden.²⁴³ Bei den „Abkürzungsverträgen“ hingegen sei der Leistungsinhalt nicht auf die Person des Dritten zugeschnitten, da die Leistung des Versprechenden „an sich“ an den Versprechensempfänger zu erbringen wäre.

Gegen diese Polarisierung der Vertragstypen wendet Peters²⁴⁴ ein, es gebe viele Fälle, die das Schema durchbrächen: Als typischer „Versorgungsvertrag“ gelte der Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter, und doch werde in dem häufigsten Fall, der „gemischten Versicherung“ auf den Erlebens- und Todesfall, die Versicherungssumme ohne weiteres an den Versicherungsnehmer (Versprechensempfänger) ausbezahlt, wenn er das festgesetzte Alter erreiche. Andererseits gebe es Fälle des „Abkürzungsvertrags“, bei denen die abgekürzte Leistung gerade deshalb gewährt

²³⁹ E. Schmidt JZ 71, 605.

²⁴⁰ E. Schmidt JZ 71, 607.

²⁴¹ I, 751, 754, 755.

²⁴² E. Schmidt JZ 71, 605.

²⁴³ E. Schmidt aaO.

²⁴⁴ AcP 173 (1973), 87 N. 62.

werde, weil der Versprechensempfänger außerstande sei, die im Valutaverhältnis geschuldete Leistung vom Versprechenden zu empfangen und an den Dritten weiterzuleiten (insbesondere bei Dienst- oder Werkleistungen). Diese Beispiele bestätigen indessen nur, daß die Gegenüberstellung von „Abkürzungsvertrag“ und „Versorgungsvertrag“ *typologisch* zu verstehen ist: Ein typisches Merkmal kann auch einmal fehlen oder ein dem *einen* Typus zugehöriger Fall kann ein Merkmal des *anderen* aufweisen. Entscheidend ist das Gesamtbild. Die Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer ausgeführten Leistungskette vom Versprechenden über den Versprechensempfänger zum Dritten läßt, für sich genommen, *nicht* den Schluß auf einen bestimmten Leistungswillen der Parteien zu. Bedient sich der Versprechensempfänger zur Zuwendung an den Dritten des Versprechenden und erfordert die Natur der Leistung, daß der Versprechende die Leistungshandlung direkt bei dem Dritten vornimmt, so kann doch die *rechtliche Wirkung* einer Leistungskette eintreten (Anweisungsleistung), wenn die Parteien dadurch eine *Abwicklung* innerhalb der Kausalverhältnisse ermöglichen wollen. *Die reale Möglichkeit einer Leistungskette im Erfüllungsstadium ist nicht Bedingung der Rückabwicklung im Dreieck.*

Eine Anweisungsleistung soll bei den „Versorgungsverträgen“ schon deshalb ausgeschlossen sein, weil es an der Identität des Leistungsgegenstandes im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis fehle, die Voraussetzung einer Leistungskette und der sie abkürzenden Leistung sei.²⁴⁵ Bestehe ausnahmsweise bei der Lebensversicherung zugunsten Dritter eine Verpflichtung des Versicherungsnehmers (Versprechensempfängers) gegenüber dem Dritten, etwa wenn der Versprechensempfänger den Personalkredit einer Bank (Dritten) durch Abschluß einer Lebensversicherung zu ihren Gunsten sichert,²⁴⁶ so sei der Abschluß der Versicherung und nicht die Auszahlung der Versicherungssumme die vom Versprechensempfänger versprochene und erbrachte Leistung. Dieses Beispiel ist jedoch untypisch: Im Valutaverhältnis liegt ein Sicherungsvertrag vor, nach dem der Dritte den Versicherungsanspruch nur geltend machen darf, wenn der Sicherungsfall eingetreten ist. Tritt dieser Fall jedoch ein, ist das Interesse des Dritten (Gläubigers) nur dann befriedigt, wenn er vom Versicherer den ihm geschuldeten Betrag erhält. Anderenfalls muß er sich weiter an den Versprechensempfänger (Schuldner) halten. War der Versprechensempfänger dem Dritten zum Unterhalt verpflichtet, den er durch den Versprechenden aufgrund eines berechtigenden Vertrags zugunsten des Dritten leistete, und fordert der Versprechende wegen eines Mangels des Vertrages die Leistung vom Dritten zurück, so lebt die Unterhaltspflicht des Versprechensempfängers wieder auf. Es ist also keineswegs bei allen „Versorgungsverträgen“ so, daß der Versprechensempfänger dem Dritten *nur den Anspruch* gegen den Versprechenden zuzuwenden braucht. Immerhin mag es Fälle geben, in denen der Versprechensempfänger im Valutaverhältnis nichts nachzuschießen braucht, wenn der Versprechende die Leistung vom

²⁴⁵ E. Schmidt JZ 71, 605, 608.

²⁴⁶ Beispiel nach v. Caemmerer JZ 62, 387.

Dritten kondiziert: z.B. wenn der Versprechensempfänger dem Dritten das Bezugsrecht aus einer Lebensversicherung schenkt. Auch dann scheidet jedoch die Rückabwicklung der Leistung innerhalb der Kausalverhältnisse nicht aus. Wenn der Versprechensempfänger dem Dritten aufgrund des Valutaverhältnisses nur die Forderung gegen den Versprechenden zuwendet, kann diese entweder auf eine direkte Eigenleistung des Versprechenden an den Dritten oder eine Leistung des Versprechenden an den Dritten „für Rechnung“ des Versprechensempfängers (Anweisungsleistung) gerichtet sein. Die Anweisungsleistung ermöglicht eine Rückabwicklung im Dreieck. Die Parteien haben auf diese Abwicklungsmöglichkeit nicht notwendig verzichtet, wenn sie die Leistungspflicht des Versprechensempfängers im Valutaverhältnis auf die Zuwendung der Forderung beschränken. Weder der Inhalt der (nicht vorschnell zu interpretierenden) Leistungspflichten noch konstruktive Schwierigkeiten schließen eine Leistung und Rückabwicklung innerhalb der Kausalverhältnisse aus, wenn der Versprechensempfänger dem Dritten nur Zuwendung der Forderung gegen den Versprechenden schuldet.

Bei Versorgungsverträgen soll der Versprechensempfänger in besonderem Maß daran interessiert sein, an der Abwicklung wie am Leistungsvorgang *nicht* beteiligt zu werden.²⁴⁷ Dies hänge damit zusammen, daß bei den Versorgungsverträgen der Versprechensempfänger den Dritten typischerweise liberal begünstige,²⁴⁸ im Valutaverhältnis eine „Unentgeltlichkeitscausa im weitesten Sinn“²⁴⁹ vorliege: die Erfüllung vertraglicher oder gesetzlicher Unterhaltspflichten, Ausstattung (§ 1624), Schenkung (§§ 516 ff.) usw. Es ist nicht erkennbar, ob die Unentgeltlichkeit des Valutaverhältnisses als *notwendige* Anspruchsvoraussetzung betrachtet wird. Die Äußerungen *Ulmers*,²⁵⁰ *Lorenz*,²⁵¹ und *E. Schmidts*²⁵² sprechen eher dagegen.²⁵³ Die Unentgeltlichkeit des Valutaverhältnisses ist aber zumindest ein typologischer Gesichtspunkt unter anderen.²⁵⁴ Da in diesen Fällen ein „Leistungsaustausch“ zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten nicht stattfindet, besteht kein Interesse an der Gegenseitigkeit der Abwicklung im Valutaverhältnis. Trotzdem entspricht eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten nicht dem Interesse des Versprechensempfängers, wenn er dem Dritten den Leistungsgegenstand als Unterhalt oder aus einem formgültigen Schenkungsversprechen schuldet und seine Leistungspflicht bestehen bleibt oder wieder auflebt, falls der Dritte den Gegenstand an den Versprechenden herausgeben muß. Es bleiben also nur die Fälle, in denen der Versprechensempfänger dem Dritten im Valutaverhältnis nichts oder nur die Verschaffung des Anspruchs gegen den Versprechenden, jedenfalls nicht die

²⁴⁷ E. Schmidt JZ 71, 604/605.

²⁴⁸ Ulmer AcP 126 (1926), 144 f.; Lorenz AcP 168 (1968), 296; E. Schmidt JZ 71, 605, 608 N.

56.

²⁴⁹ Lorenz aaO.

²⁵⁰ AaO.

²⁵¹ AaO.

²⁵² AaO.

²⁵³ Vgl. dazu Peters AcP 173 (1973), 76 N. 25, S. 86 N. 59.

²⁵⁴ Zur Bedeutung der Unentgeltlichkeit des Valutaverhältnisses nach § 822 s.u. unter ff γ.

Leistung selbst schuldet und eine Gewährleistung (etwa nach § 523) ausgeschlossen ist. Dann braucht der Versprechensempfänger im Falle eines Mangels des Deckungsverhältnisses und einer Leistungskondition des Versprechenden gegen den Dritten *nicht* aufgrund des Valutaverhältnisses selbst an den Dritten zu leisten. Wünscht der Versprechensempfänger aus diesem Grund eine Abwicklung zwischen dem Versprechenden und dem Dritten, so hat dieser Wunsch rechtliche Bedeutung nur, wenn er Inhalt des Deckungsverhältnisses wird und die Leistung des Versprechenden bestimmt. Dies ist nicht selbstverständlich, zumal wenn der Versprechensempfänger sich gegenüber dem Versprechenden ein eigenes Forderungsrecht vorbehält.²⁵⁵ Es ist jedoch selbst in den genannten Fällen daran zu zweifeln, ob der Versprechensempfänger diesen Wunsch wirklich hegt. Sein Rückabwicklungsinteresse im Verhältnis zum Versprechenden (*Deckungsverhältnis*) spricht unter Umständen für eine Kondition innerhalb der Kausalverhältnisse. Schließlich ist auch das Interesse des *Versprechenden* zu berücksichtigen, dem an der Gegenseitigkeit der Abwicklung im Deckungsverhältnis gelegen ist. Den Inhalt des Valutaverhältnisses kennt er in der Regel nicht und er nimmt darauf keine Rücksicht. Auch mit diesem Argument läßt sich eine Leistungskondition des Versprechenden gegen den Dritten also nicht begründen.

Den genannten typenbildenden Merkmalen des „*Versorgungsvertrags*“ soll eine besondere rechtliche Struktur des Dreipersonenverhältnisses entsprechen. Die Beziehung des Versprechenden zum Dritten stehe rechtlich und wirtschaftlich im Vordergrund.²⁵⁶ Der Anspruch des Versprechensempfängers gegen den Versprechenden habe bloße Hilfsfunktion.²⁵⁷ Während die Rechtsverleihung an den Dritten beim „*Abkürzungsvertrag*“ als technisches Mittel zur zügigeren Durchsetzung des Anspruchs des Dritten im Valutaverhältnis diene, sei bei den in § 330 gemeinten Verträgen der Dritte „so in die Vertragsbeziehung Versprechender – Versprechensempfänger eingebunden“, daß seine Beteiligung nicht als nur formale Gläubigerposition aufgefaßt werden könne. Der Dritte sei zwar auch hier nicht Vertragspartner, aber doch in das Deckungsverhältnis „materiell eingeschaltet“.²⁵⁸ Auch am Problem der Leistungsstörungen im Bereich des Dritten habe sich erwiesen, daß der berechtigte Vertrag zugunsten Dritter als „*Dreiecksschuldverhältnis*“ angesehen werden müsse.²⁵⁹ Der Vertragskomplex könne nicht mehr in ein Rechtsverhältnis des Versprechenden zum Versprechensempfänger und ein gleichsam darüber liegendes Vollzugsverhältnis des Versprechenden zum Dritten zergliedert werden. Vielmehr liege ein einheitliches Vertragsverhältnis vor. Die Parteirolle auf der einen Seite des Rechtsgeschäfts sei freilich in eine ausschließliche Leistungsverpflichtung des Versprechensempfängers und eine damit korrespondierende ausschließliche

²⁵⁵ Peters AcP 173 (1973), 81.

²⁵⁶ E. Schmidt JZ 71, 604.

²⁵⁷ Lorenz AcP 168 (1968), 294 und JuS 68, 444.

²⁵⁸ E. Schmidt JZ 71, 605.

²⁵⁹ E. Schmidt JZ 71, 606 im Anschluß an Lange NJW 65, 664.

Forderungsberechtigung des Dritten aufgespalten.²⁶⁰ Bei dieser „Integration“ des Dritten in das Rechtsgrundverhältnis des Versprechenden zum Versprechensempfänger sei es fraglich, „ob die Verwendung der Begriffe Deckungs- und Valutaverhältnis zur näheren Umschreibung der zwischen den Beteiligten bestehenden bzw. angestrebten Rechtsbeziehungen sinnvoll sei“.²⁶¹ Das Dreipersonenverhältnis beim „Versorgungsvertrag“ nähert sich nach dieser Auffassung einem mehrseitigen Schuldverhältnis, bei dem die Beziehungen zwischen allen Beteiligten von gleichem Gewicht sind. Ein Beispiel dafür ist etwa der mehrseitig-gegenseitige Vertrag („Ringtausch“):²⁶² A wendet einen Gegenstand B zu, damit B einen anderen Gegenstand dem C und dieser daraufhin den gewünschten Gegenstand dem A zuwendet (do ut des, ut det). Tatsächlich wird der berechtigende Vertrag zugunsten Dritter als „Versorgungsvertrag“ einem solchen mehrseitigen Schuldverhältnis ähnlich, wenn der Versprechende an den Dritten leistet und die Rückabwicklung zwischen ihnen stattfindet. Doch ist zunächst die Frage der Leistung und der Kondition des Versprechenden zu klären. Das dabei gewonnene Ergebnis bestimmt die Auslegung des Vertrages und damit die Struktur des Schuldverhältnisses. Es könnte scheinen, daß damit die Dinge auf den Kopf gestellt werden. Determinieren nicht umgekehrt Anspruch und Leistungspflicht die Leistung? In der Auslegung bestimmen Schuldverhältnis und Leistung sich *wechselseitig*. Beide sind in der Regel auslegungsbedürftig.

ee) Zusammenfassung und Wertung

Beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter ist dogmatisch eine Kondition des Versprechenden gegen den Dritten ebenso möglich wie eine Kondition des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger. Die Kondition erfolgt nicht notwendig zwischen den Partnern der Kausalverhältnisse. Andererseits zeigt die Analogie zur angenommenen Anweisung, daß aus dem Umstand der Rechtsverleihung an den Dritten und der Leistung auf dessen Anspruch noch nicht auf eine Kondition des Versprechenden gegen den Dritten geschlossen werden kann. Aus dem Vergleich mit dem einfachen Vertrag zugunsten Dritter und dem Bezug der Leistung des Versprechenden auf das Valutaverhältnis ergab sich, daß die Annahme einer Leistung des Versprechenden an den Dritten mit alleiniger Abhängigkeit vom Deckungsverhältnis besonderer Begründung bedarf. Eine doppelte Kondition des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger und den Dritten (Wahlrecht) würde eine nicht zu rechtfertigende Bevorzugung des Versprechenden darstellen. Die Dogmatik des Bereicherungsrechts gestattet es ohnehin nur in wenigen Fällen, die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Kondition sowohl im Verhältnis des Versprechenden zum Versprechensempfänger als auch im Verhältnis des Versprechenden zum Dritten anzunehmen. Fehlt es an einem Leistungsaustausch im Valutaverhältnis (Unentgeltlichkeit), so entfällt das daraus folgende Interesse des Ver-

²⁶⁰ E. Schmidt JZ 71, 606.

²⁶¹ E. Schmidt JZ 71, 607.

²⁶² Pfister JZ 71, 284; Larenz SchR I § 15 II (S. 171).

sprechensempfängers an einer gegenseitigen Abwicklung im Valutaverhältnis. Doch ist der Versprechensempfänger auch so an einer Abwicklung innerhalb der Kausalverhältnisse interessiert: Bei einer Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten wäre der Versprechensempfänger in der Regel Gewährleistungsansprüchen des Dritten ausgesetzt (§ 523) oder seine Leistungspflicht gegenüber dem Dritten würde wieder aufleben (Unterhaltsleistung). Eine „Aufstörung“ des Valutaverhältnisses durch eine Kondiktion des Versprechenden wäre daher von Nachteil für den Versprechensempfänger. Doch kommt es nicht allein auf das Valutaverhältnis an. Im Deckungsverhältnis findet auch in den Fällen des § 330 regelmäßig ein „Austausch“ von Leistungen statt, deren gegenseitige Abwicklung die Anwendung der Saldotheorie ermöglicht, dem Versprechenden wie dem Versprechensempfänger die Gegenrechte erhält und zu einer angemessenen Verteilung des Insolvenzrisikos führt. Daher ist vor allem der Versprechende an einer Kondiktion gegen den Versprechensempfänger interessiert. Zudem kommt die gegenseitige Abwicklung innerhalb der Kausalverhältnisse mit einem Minimum an Güterverschiebungen aus: Im Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis ist nur jeweils der Wertsaldo der erbrachten Leistungen zurückzugewähren. Für eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger spricht auch eine dogmatische Überlegung: Die Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten führt bei Doppelmangel notwendig zur Kondiktion des Versprechenden und des Versprechensempfängers gegen den Dritten. Es ist jedoch ohne Sinn anzunehmen, daß der Dritte denselben Gegenstand zugleich durch Leistungen des Versprechenden und des Versprechensempfängers oder sonst auf beider Kosten erlangt hat. Da die Kondiktion des Versprechensempfängers gegen den Dritten bei Mängeln des Valutaverhältnisses sachlich notwendig ist, muß konsequent die Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten bei mangelhaftem Deckungsverhältnis ausgeschlossen werden.

Erfolgt demnach beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter die Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse, so *gelten dieselben Grundsätze wie bei der Anweisung und beim einfachen Vertrag zugunsten Dritter*. Die Leistung des Versprechenden an den Dritten erfolgt auch beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter „für Rechnung“ des Versprechensempfängers, ist Anweisungsleistung. Doch gilt all dies nur für den Regelfall – freilich auch in den Fällen des § 330 – und, wenn die Ermittlung des Parteiwillens zu keinem eindeutigen Ergebnis führt (Auslegungsregel). Haben jedoch die Parteien in der erkennbaren Absicht, die *Anfechtung* der Gläubiger des Versprechensempfängers auszuschließen, einen „unmittelbaren Rechtserwerb“ des Dritten vereinbart, so ist anzunehmen, daß der Dritte auch die Leistung unmittelbar vom Versprechenden und in Abhängigkeit vom Deckungsverhältnis erwerben soll. Sie wäre sonst dem Zugriff der Gläubiger des Versprechensempfängers ausgesetzt.²⁶³ Auch aus der Sicht des *Bereicherungsrechts* werden Sonderfälle erörtert, in denen ausnahmsweise bei Mängeln des Deckungsverhältnisses der Versprechende vom Dritten kondizieren soll.

²⁶³ S. u. 3 c.

ff) Sonderfälle

α) *Das Valutaverhältnis erschöpft sich in der Forderungszuwendung an den Dritten.* Auch der Bundesgerichtshof und Autoren, die für eine Differenzierung nach Fallgruppen oder grundsätzlich für eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger eintreten, befürworten eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten für den Fall, daß der Versprechensempfänger dem Dritten im Valutaverhältnis nur die Forderung gegen den Versprechenden zuwendet, nicht den Leistungsgegenstand, auf den sie sich richtet.²⁶⁴ Dieselbe Fallgruppe ist wohl gemeint, wenn davon gesprochen wird, der Versprechensempfänger verschaffe dem Dritten die Forderung gegen den Versprechenden, ohne für dessen Solvenz eintreten zu wollen.²⁶⁵ Die *Schenkung* des Bezugsrechts aus einer Lebensversicherung *kann* in diesem Sinn zu verstehen sein. Zahlt der Versprechende an den Dritten die Versicherungssumme, so leistet er damit nicht das, was der Versprechensempfänger dem Dritten im Valutaverhältnis schuldete. Der Versprechensempfänger war im Valutaverhältnis nur verpflichtet, dem Dritten das Bezugsrecht zu verschaffen. Diese Leistungspflicht hat er bereits durch die Drittbegünstigungsklausel des Versicherungsvertrages erfüllt (§ 328). Hier fehlt es an der „gegenständlichen Identität“ der Leistungspflichten und Zuwendungen in den Kausalverhältnissen.²⁶⁶ *Ob* eine solche Gestaltung des Valutaverhältnisses vorliegt, ist durch *Auslegung* zu ermitteln. Sie ist keineswegs bei allen „Versorgungsverträgen“, auch nicht in allen Fällen der Lebensversicherung zugunsten Dritter gegeben: Versichert der Versprechensempfänger zur Erfüllung der Unterhaltspflicht nach §§ 1361 I 2, 1578 III seinen (geschiedenen) Ehegatten, so ist der Leistungsgegenstand (die Versicherungssumme) selbst, nicht nur die Forderung gegen den Versicherer (Versprechenden) geschuldet und daher als Gegenstand der Zuwendung des Versprechensempfängers an den Ehegatten (Dritten) anzusehen. Schuldet jedoch der Versprechensempfänger dem Dritten, wie in dem *Schenkungsbeispiel*, nur die Verschaffung des Anspruchs gegen den Versprechenden, so ist darum die Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten doch *nicht* notwendig. In diesem Fall besteht in der Regel ein Anspruch des Versprechensempfängers auf die Leistung (§ 335), der als *causa* für den Durchgangserwerb des Versprechensempfängers vom Versprechenden dienen kann. Daß der Versprechende Leistung an den Dritten schuldet, spricht nicht gegen die Annahme eines Durchgangserwerbs des Versprechensempfängers, denn der Anspruch des Versprechensempfängers geht *nicht* notwendig auf Leistung an den Dritten schlechthin oder auf eine direkte Eigenleistung des Versprechenden, sondern kann ebensogut auf Leistung des Versprechenden „für Rechnung“ des Versprechensempfängers gerichtet sein. Das Valutaverhältnis ist auch in diesen Fällen *causa* für den Erwerb des Leistungsgegenstandes durch den Dritten: Der Gegenstand tritt wie für die Kondiktion (§ 818 I) so auch im Rahmen des § 362 an die Stelle der dem Dritten vom Verspre-

²⁶⁴ BGH 58, 184 (189); Hadding, S. 95/96; vgl. auch E. Schmidt JZ 71, 605, 607f.; Canaris, Festschr. f. Larenz, S. 832f.; U. Meyer, S. 156f.; Wetzels, S. 82f.; Pinger AcP 179 (1979), 324f.

²⁶⁵ E. Schmidt JZ 71, 605; Hagmann-Lauterbach, S. 48.

²⁶⁶ E. Schmidt JZ 71, 608.

chensempfänger zugewendeten Forderung (Surrogation). *Konstruktive* Schwierigkeiten schließen die Kondition des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger also *nicht* aus.

Zu fragen bleibt, ob in diesen Fällen die Interessenlage für eine Kondition innerhalb der Kausalverhältnisse spricht. Das Valutaverhältnis fordert hier eine Abwicklung zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten *nicht*, da kein „Leistungsaustausch“ stattfindet. Ist das Deckungsverhältnis mangelhaft und kondiziert der Versprechende den Leistungsgegenstand vom Dritten, so entstehen im Valutaverhältnis weder Gewährleistungspflichten des Versprechensempfängers noch lebt der Leistungsanspruch gegen ihn auf. Der Dritte soll eben deshalb über die gewöhnliche Wirkung des § 334 hinaus dem Deckungsverhältnis untergeordnet sein, denn hier *bedurf*t er des Anspruchs gegen den Versprechenden, da er den Leistungsgegenstand im Valutaverhältnis vom Versprechensempfänger nicht fordern könne.²⁶⁷ Daraus ergibt sich freilich nur, daß dem Dritten eine Kondition des Versprechenden zumutbar wäre, nicht daß sie auch im Interesse des Versprechenden liegt. Im *Deckungsverhältnis* findet nämlich auch in diesen Fällen ein „Leistungsaustausch“ statt. Der Versprechensempfänger leistet in der Regel, bevor der Versprechende seine Leistung erbringt (vgl. Lebensversicherung, Gutsübergabe, Schenkung mit Auflage usw.).²⁶⁸ Daher entspricht dem Interesse des Versprechenden eine gegenseitige Abwicklung der Leistung im Verhältnis zum Versprechensempfänger. Zugleich ist anzunehmen, daß der Versprechende mit der Leistung nur das Risiko der Insolvenz des Versprechensempfängers, seines Vertragspartners, übernehmen will, soweit dieses Risiko nicht durch die (direkte oder analoge) Anwendung der Saldotheorie ausgeschaltet werden kann. Auf das Valutaverhältnis und das Interesse des Versprechensempfängers kommt es nicht allein an. Grundsätzlich dürfen Umstände des Valutaverhältnisses, in das der Versprechende keinen Einblick hat, dessen Kondition nicht bestimmen. Daher ist auch in den Fällen, in denen sich das Valutaverhältnis in der Verschaffung der Forderung gegen den Versprechenden erschöpft, davon auszugehen, daß das Deckungsverhältnis den Versprechenden dazu ermächtigt, „für Rechnung“ des Versprechensempfängers zu leisten, und daß der Versprechende eine *Anweisungsleistung* erbringt.

β) *Der Dritte ist allein forderungsberechtigt.* Der Versprechende und der Versprechensempfänger können entgegen der Auslegungsregel des § 335 vereinbaren, daß ausschließlich der Dritte anspruchsberechtigt ist.²⁶⁹ Auch bei dieser Fallgestaltung soll stets eine Kondition des Versprechenden gegen den Dritten anzunehmen sein.²⁷⁰ Bei vereinbarter ausschließlicher Forderungsberechtigung des Dritten erfolgt die Leistung nur solvendi causa für die Forderung des Dritten und die Erledigung

²⁶⁷ U. Meyer, S. 157.

²⁶⁸ S. o. unter cc η.

²⁶⁹ Mot. I, 269; Staudinger/Kaduk § 335 Rn. 17, 20; MünchKomm (Gottwald) § 335 Rn. 3.

²⁷⁰ BGH 58, 184 (189); MünchKomm (Gottwald) § 334 Rn. 14; Palandt/Thomas § 812 Anm. 5 Bb, cc; Larenz SchR II § 68 III g (S. 488); Koppensteiner/Kramer, S. 61; Lorenz AcP 168 (1968), 294; Peters AcP 173 (1973), 81 f., 83 f., 90 f. *Dagegen:* U. Meyer, S. 155 f.; Staudinger/W. Lorenz¹² § 812 Rn. 38.

der Deckungsbeziehung sei bloßer Reflex dieser Leistung.²⁷¹ Da das Deckungsverhältnis keine causa für eine Leistung an den Versprechensempfänger biete, sei eine Leistung an ihn ohnehin ausgeschlossen. Freilich geht es nicht um eine schlichte Leistung an den Versprechensempfänger, sondern darum, ob nach dem Deckungsverhältnis der Versprechende an den Dritten eine direkte Eigenleistung erbringen oder ob er an den Dritten „für Rechnung“ (also mit Durchgangserwerb) des Versprechensempfängers leisten soll. Es geht also um zwei verschiedene Modalitäten der Leistung des Versprechenden an den Dritten. Spricht das Interesse der Parteien für eine Anweisungsleistung des Versprechenden, so ist als Inhalt des Deckungsverhältnisses auch im vorliegenden Fall eine causa für einen Durchgangserwerb des Versprechensempfängers anzunehmen. Sie ergibt sich nicht aus einer Leistungspflicht, sondern als „reiner Rechtsgrund“²⁷² aus dem Schuldverhältnis. Die Auslegung des Deckungsverhältnisses hat auch Rückabwicklungsinteressen der Parteien zu berücksichtigen. Zweck der Leistung des Versprechenden an den Versprechensempfänger, des Durchgangserwerbs, ist es, eine Rückabwicklung innerhalb der Kausalverhältnisse zu ermöglichen. Es fehlt damit einer Leistung des Versprechenden an den Versprechensempfänger weder an einem Zweck noch an der formalen causa aus dem Deckungsverhältnis.²⁷³ Eine Leistung und Kondiktion des Versprechenden gegenüber dem Versprechensempfänger ist also auch im vorliegenden Fall konstruierbar.

Daraus, daß der *Versprechensempfänger* sich aus der Vertragsabwicklung im Erfüllungsstadium zurückgezogen hat, kann man *nicht* schließen, daß er sich auch an der Rückabwicklung bei Vertragsmängeln nicht beteiligen will. Vor allem aber wird dadurch das Interesse des *Versprechenden* an einer Rückabwicklung innerhalb der Kausalverhältnisse nicht berührt. Schließen der Versprechende und der Versprechensempfänger einen Vertrag mit ausschließlicher Forderungsberechtigung des Dritten, bedeutet dies für den Versprechenden eine Erleichterung, da ihm nur *ein* Gläubiger gegenübersteht. Ein Verzicht des Versprechenden auf die für ihn günstige Abwicklung im Verhältnis zum Versprechensempfänger liegt darin jedoch nicht. Man kann auch nicht sagen, nachdem der Versprechende den Versprechensempfänger geradezu aus dem Vertrag entlassen habe, sei es ihm zuzumuten, sich nunmehr an den Dritten zu halten.²⁷⁴ Es geht nicht darum, was dem Versprechenden allenfalls zugemutet werden kann, sondern darum, wie sein Leistungswille zu verstehen und der der Leistung zugrunde liegende, von ihm abgeschlossene Vertrag zugunsten des Dritten auszulegen ist. Eine Auslegung einseitig im Interesse des Versprechensempfängers ist unzulässig. Im übrigen besteht kein Grund, den Versprechenden bei der Leistungsabwicklung zu belasten, wenn der Versprechensempfänger auf sein Gläubigerrecht verzichtet. Hier ein Junktim oder Austauschverhältnis zu sehen, wäre willkürlich.

²⁷¹ Lorenz aaO.

²⁷² Vgl. Krawielicki, S. 51, 79.

²⁷³ Anders: Lorenz aaO; Peters AcP 173 (1973), 81.

²⁷⁴ Peters AcP 173 (1973), 90; *dagegen* Staudinger/W. Lorenz¹² § 812 Rn. 38.

Wenn der Versprechensempfänger lediglich die Forderung des Dritten begründet und sich dann zurückzieht, soll er „gleichsam wie ein Vertreter des Dritten“ auftreten: „Daß ein Vertreter selbst bereicherungsrechtlich nicht haftet, liegt auf der Hand“.²⁷⁵ Letzteres trifft zu. Doch ist der Versprechensempfänger weder bei der Begründung der Forderung des Dritten²⁷⁶ noch bei Empfang der Leistung Vertreter des Dritten. Der Versprechensempfänger ist nicht schon deshalb „gleichsam“ Vertreter des Dritten, weil er auf das Recht, die Leistung an den Dritten zu fordern, verzichtet, sondern allenfalls dann, wenn er auch Leistung und Rückabwicklung allein zwischen dem Versprechenden und dem Dritten will. Das Argument bedeutet also eine *petitio principii*.

Was den Dritten angeht, so treffe es ihn „nicht unbillig“, wenn die Leistung vom Bestand des Deckungsverhältnisses abhängig und bei einem Mangel zurückzuzugewähren sei, denn er habe es hingenommen (vgl. § 333), daß er in einer derartig engen Weise in den Vertrag zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger einbezogen wurde.²⁷⁷ In vielen Fällen wird der Dritte freilich gar nicht wissen, ob der Versprechensempfänger neben ihm forderungsberechtigt ist, oder er sieht zumindest keinen Grund anzunehmen, daß gerade von diesem Umstand seine Rechtsstellung gegenüber dem Versprechenden abhängen soll. Wird man sonst nicht müde, die Bedeutungslosigkeit der Forderung des Versprechensempfängers gegen den Versprechenden zu betonen, hier soll überraschenderweise ihr Vorhandensein oder Fehlen die Kondiktion des Versprechenden bestimmen. Im übrigen sind Inhalt und Richtung der Leistung vom Willen des Dritten unabhängig, soweit ihr Sinn ihm zurechenbar ist (Empfängerhorizont) und er annimmt. Auch bei alleiniger Forderungsberechtigung des Dritten ist nach alldem innerhalb der Kausalverhältnisse zu kondizieren.

γ) *Die Anwendung des § 822.* Die Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten bei unentgeltlichem Valutaverhältnis wird allgemein mit einer analogen Anwendung des § 822 begründet. Man geht davon aus, daß die Vorschrift nur auf den Fall einer ausgeführten Leistungskette Versprechender – Versprechensempfänger – Dritter unmittelbar anwendbar ist. Eine direkte Anwendung der Norm ist jedoch auch dann gegeben, wenn die Rechtswirkungen einer solchen Leistungskette durch abgekürzte Leistung herbeigeführt werden (Anweisungsleistung). Geht man hingegen von einer Leistung des Versprechenden an den Dritten aus, kommt weder eine direkte noch eine analoge Anwendung des § 822 in Frage: Wo bereits die einfache Leistungskondiktion (§ 812 I 1, 1. Alt.) sich gegen den Dritten als Leistungsempfänger richtet, ist eine Leistungskette oder ein ihr ähnlicher Tatbestand nicht gegeben, bedarf es daher nicht einer Durchgriffskondiktion, um die Haftung des Dritten zu begründen. Nach der hier vertretenen Auffassung hat die Leistung des Versprechenden beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter die Wirkung einer vom Ver-

²⁷⁵ Peters AcP 173 (1973), 83.

²⁷⁶ Vgl. jedoch die gemeinrechtliche Vertretertheorie (Nachweise bei Georgi, S. 5f.).

²⁷⁷ Peters AcP 173 (1973), 91.

sprechenden über den Versprechensempfänger zum Dritten führenden Leistungskette. Damit ist Raum für die Anwendung des § 822. Gegen die Regelung des § 822 bestehen freilich *Bedenken*.²⁷⁸ Der Konditionsschuldner wird nach dem Inhalt der Valutabeziehung bestimmt, der dem Versprechenden in der Regel unbekannt ist. Durch die Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten wird das durch die Leistung „zur Ruhe gekommene“ Valutaverhältnis wieder „aufgestört“. Aber die Prüfung des Valutaverhältnisses kann dem Versprechenden hier zugemutet werden, weil die Kondiktion gegen den Dritten nach § 822 nur subsidiär ist und eine zusätzliche Vergünstigung darstellt: Grundsätzlich kondiziert der Versprechende vom Versprechensempfänger. Nur wenn diese Kondiktion entfällt, weil der Versprechensempfänger wegen der Unentgeltlichkeit des Valutaverhältnisses entreichert ist, wird dem Versprechenden, der sonst mit seiner Kondiktion leer ausgehen würde, die Erstreckung der Leistungskondiktion auf den Dritten, den Zweitempfänger der Leistung, gewährt. Die „Aufstörung“ des Valutaverhältnisses, d. h. die Kondiktion des Leistungsgegenstandes durch den Versprechenden, der nicht Partner des Valutaverhältnisses ist, wegen eines Mangels im Deckungsverhältnis, wird dem Dritten zugemutet, weil er die Leistung unentgeltlich empfangen hat. Über die rechtspolitische Berechtigung dieser Wertung mag man verschiedener Ansicht sein. De lege lata ist § 822 maßgebend.²⁷⁹ Verliert der Dritte den Leistungsgegenstand an den Versprechenden, kann er in der Regel vom Versprechensempfänger Gewährleistung fordern (§§ 523, 600).

d) *Der subsidiäre Durchgriff gegen den Dritten*. Canaris²⁸⁰ läßt beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter neben der grundsätzlich gegebenen Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger einen „subsidiären Durchgriff“ gegen den Dritten zu, wenn die Kondiktion des Versprechenden durch den Konkurs des Versprechensempfängers entwertet ist (S. 833). Der Durchgriff soll nicht gegeben sein bei Anweisungslagen, in denen dem Dritten nicht lediglich der Anspruch gegen den Versprechenden, sondern der Leistungsgegenstand als solcher zugewendet wird (S. 832/833), der Vertrag nach § 328 lediglich dazu dient, die Rechtsstellung des Dritten zu verstärken (S. 832). Grund für die subsidiäre Haftung des Dritten sei einmal die Akzessorietät des Rechts des Dritten zum Deckungsverhältnis (§ 334), deren bereicherungsrechtliche Konsequenz die Abhängigkeit der Leistung vom Deckungsverhältnis sei (S. 831, 833). Zum anderen wird der Rechtsgedanke des § 822 herangezogen (S. 832f.). Der Dritte soll freilich nur insoweit ausgleichspflichtig sein, als sich der Anspruch des Versprechenden gegen die Konkursmasse (des Versprechensempfängers) erhöhen würde, wenn die Leistung des Versprechenden in die Masse gelangt wäre (S. 834). Auf diese Weise stehe der Versprechende weder schlechter noch besser als bei direkter Leistung an den Versprechensempfänger.

²⁷⁸ Peters AcP 173 (1973), 88f.

²⁷⁹ Ebenso U. Meyer, S. 24.

²⁸⁰ Festschr. f. Larenz, S. 831f.

Da *Canaris* grundsätzlich von einer Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger, damit von einer Leistung des Versprechenden an den Versprechensempfänger ausgeht, ist anzunehmen, daß der Dritte den Leistungsgegenstand durch Leistung und aus dem Vermögen des Versprechensempfängers erwirbt. Die subsidiäre Durchgriffskondiktion ist daher ein Versionsanspruch, eine Kondiktion gegen den Zweitempfänger. *Canaris'* Vorschlag ist mit dieser Qualifikation freilich nicht widerlegt, zumal er sich auch auf § 822 beruft, eine Vorschrift, die ausnahmsweise einen solchen Anspruch gewährt. Doch fehlt es an der Rechtsähnlichkeit zu den in dieser Vorschrift geregelten Fällen: § 822 gewährt den subsidiären Durchgriff auf den Dritten, wenn der Versprechensempfänger das Empfangene dem Dritten unentgeltlich zugewendet hat und *infolgedessen* die Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger wegen dessen Entreicherung entfällt. Die Insolvenz des Versprechensempfängers hingegen, die den gegen ihn gerichteten Bereicherungsanspruch entwertet, hängt mit der Unentgeltlichkeit des Valutaverhältnisses nicht unmittelbar zusammen. Es ist daher nicht gerechtfertigt, den Dritten mit der Durchgriffskondiktion zu belasten, da nicht die Unentgeltlichkeit seines Erwerbs die Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger vereitelt. Der Konkurs des Versprechensempfängers (Schenkens) berührt nur *dessen* Verhältnis zum Dritten, gestattet eine Rückforderung im Rahmen der §§ 528, 812ff. BGB; § 32 KO. So kann die Unentgeltlichkeit des Erwerbs des Dritten dem Versprechenden *indirekt* zugute kommen: Der Gegenstand oder Wert der Schenkung wird der Masse zugeführt, erhöht die Quote des Versprechenden im Konkurs des Versprechensempfängers. *Canaris* will dem Versprechenden letztlich dasselbe geben. Die vorgeschlagene Durchgriffskondiktion verstößt jedoch gegen das Verbot der Einzelvollstreckung im Konkurs, vernachlässigt die Interessen der übrigen Gläubiger des Versprechensempfängers und den Schutz des Beschenkten in § 32 KO (Anfechtungsfrist). Die Zulassung des subsidiären Durchgriffs gegen den Dritten im Konkurs des Versprechensempfängers durchbricht zudem *Canaris'* Grundsatz, daß der Versprechende das Insolvenzrisiko hinsichtlich des von ihm gewählten Vertragspartners, also des Versprechensempfängers, zu tragen hat.²⁸¹ Im übrigen würde sich der Anspruch des Versprechenden gegen die Masse (des Versprechensempfängers) nicht ohne weiteres erhöhen, wenn der Versprechende direkt an den Versprechensempfänger geleistet hätte. Der Versprechensempfänger hätte nämlich das Empfangene sogleich aufgrund des Valutaverhältnisses an den Dritten weitergegeben. Eine subsidiäre Durchgriffskondiktion gegen den Dritten wegen Entwertung der Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger durch Konkurs ist abzulehnen.

c) Die Unwirksamkeit des Vollzugsverhältnisses

Die Unwirksamkeit des Vollzugsverhältnisses, d.h. des dem Dritten zugedachten Anspruchs gegen den Versprechenden, beruht fast stets auf einem Mangel des Dek-

²⁸¹ Darauf hat Köndgen, Festg. f. Esser, S. 66 hingewiesen.

kungsverhältnisses (§ 334).²⁸² Die Kondiktion des Versprechenden richtet sich dann nach den für den Mangel des Deckungsverhältnisses geltenden Regeln.²⁸³ Hat jedoch der Dritte dem Versprechenden einen Teil der Leistung erlassen (§ 397) und der Versprechende trotzdem die gesamte Leistung erbracht oder hat der Versprechende geleistet, obwohl der Dritte den Rechtserwerb abgelehnt hatte (§ 333),²⁸⁴ so ist es denkbar, daß der Versprechende (auch) auf die nicht bestehende Forderung des Dritten, also im Vollzugsverhältnis indebite leistete.²⁸⁵ Für diesen Fall wird eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten vertreten.²⁸⁶ Nach der hier vorgeschlagenen Durchgangstheorie scheidet eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten schon deshalb aus, weil der Versprechende an den Versprechensempfänger geleistet hat. Aber auch eine Kondiktion des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger wegen des Mangels im Vollzugsverhältnis ist ausgeschlossen: Die Schuldbeziehung des Versprechensempfängers zum Dritten tritt kausalrechtlich hinter Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis zurück wie die Forderung des Empfängers gegen den Angewiesenen bei der *angenommenen Anweisung*.²⁸⁷ Der Anspruch des Dritten gegen den Versprechenden dient als „Hilfsschuldverhältnis“ dem Vollzug von Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis: Daher gibt er zwar dem Dritten ein Recht, die Leistung vom Versprechenden zu verlangen, und eine Klagemöglichkeit, hat aber nicht „die Qualität als Rechtsgrundverhältnis“. ²⁸⁸

d) Weitere Fragen der Kondiktion

Auch die übrigen Fragen der Kondiktion sind wie bei der Anweisung und beim einfachen Vertrag zugunsten Dritter zu regeln: insbesondere die Probleme des Doppelmangels der Kausalverhältnisse, des Mangels der „Anweisung“ und die Irrtumsfälle. Insoweit darf auf die Erörterung der Anweisungsfälle verwiesen werden.²⁸⁹

3. Sonstige Leistungsfolgen

a) Die Einheitlichkeit der Leistungsfolgen

Für die Probleme des Rechtserwerbs des Dritten, der Erfüllung der Kausalverhältnisse durch die Leistung des Versprechenden an den Dritten und der Leistungskondiktion bei Mängeln der Kausalverhältnisse wurde begründet, daß die Leistung des Versprechenden an den Dritten als *Anweisungsleistung* zu verstehen

²⁸² Hadding, S. 76.

²⁸³ Hadding aaO.

²⁸⁴ Der Dritte weist nur den Rechtserwerb, nicht die Leistung zurück.

²⁸⁵ Beispiele bei Hadding aaO.

²⁸⁶ So Hadding aaO; Leonhard SchR I § 179 (S. 271); anders: Medicus, 2. Aufl., § 27 II 3 a, bb (S. 267/268).

²⁸⁷ S. o. § 8 III 1.

²⁸⁸ Vgl. E. Schmidt JZ 71, 605. Dazu s. o. unter b, cc α.

²⁸⁹ Zum Doppelmangel s. o. § 4 III; zum Mangel der Anweisung § 5 IV; zu den Irrtumsfällen § 5 V.

ist. Sie erfolgt „für Rechnung“ des Versprechensempfängers und wirkt wie eine Leistungskette Versprechender – Versprechensempfänger, Versprechensempfänger – Dritter. Wegen der Einheitlichkeit des Leistungsvorganges²⁹⁰ gilt dasselbe für alle übrigen Leistungswirkungen und Leistungsfolgen: Mängelgewährleistung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Leistungsrückgewähr (§§ 346 ff., 556 I, 589 I, 604 I, 607 I) und Gläubiger- und Konkursanfechtung (§§ 3 f. AnfG, §§ 29 ff. KO). Auch hier kann auf das zur Anweisung Ausgeführte verwiesen werden.²⁹¹ Einige Fragen bedürfen indessen einer besonderen Behandlung für den berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter.

b) Der Rücktritt des Versprechensempfängers

Nach h. M.²⁹² ist beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter der Dritte nicht zum Rücktritt berechtigt. Er wird durch die Forderungsberechtigung gegenüber dem Versprechenden nicht Vertragspartei. Daher stehen ihm Rechte, deren Ausübung den Bestand des gesamten Vertragsverhältnisses berührt, insbesondere das Schuldverhältnis in ein Rückgewährverhältnis umwandelt, nicht zu. Der Dritte kann jedoch im *Valutaverhältnis* den Rücktritt erklären oder auch wandeln, da er den Gegenstand als Leistung des Versprechensempfängers auf das Valutaverhältnis erhält.²⁹³ Im Deckungsverhältnis dagegen steht das Recht auf Rücktritt dem Versprechensempfänger zu. Es kann jedoch, wenn der Dritte ein unentziehbares Recht erworben hat, nach h. M.²⁹⁴ nur mit Zustimmung des Dritten ausgeübt werden. Eine ähnliche Konstruktion wählt *Papanikolaou*,²⁹⁵ nach dem das Rücktrittsrecht analog § 356 vom Versprechensempfänger und dem Dritten gemeinsam auszuüben ist. Der Rücktritt würde das Recht des Dritten aufheben. Der Versprechensempfänger kann nur mit Zustimmung oder unter Mitwirkung des Dritten über dessen Recht verfügen, daher nur unter denselben Voraussetzungen zurücktreten. Häufig ist der Versprechensempfänger jedoch aufgrund des Valutaverhältnisses berechtigt, vom Dritten die Zustimmung zum Rücktritt zu verlangen.²⁹⁶ Hat der Versprechensempfänger

²⁹⁰ S. o. § 2 II.

²⁹¹ S. o. § 7 III–VII.

²⁹² Staudinger/Kaduk Rn. 24 vor § 328; § 334 Rn. 33, 44; § 335 Rn. 16; RGRK (Ballhaus)¹² § 328 Rn. 27; Soergel/R. Schmidt § 328 Rn. 4; MünchKomm (Gottwald) § 335 Rn. 8 (m. Nachw.); Grunsky in: Athenäum-Zivilrecht I, S. 623; Fikentscher SchR § 37 III 2 d (S. 153); Hellwig, Verträge, S. 305; Lange NJW 65, 661 (m. Nachw.). Für ein *Wandelungsrecht* des Dritten: Lange NJW 65, 662 f.; ihm folgend Esser SchR I § 53 II (S. 394); Ruppert, S. 118 f., 123 f.

²⁹³ Vgl. Grunsky in: Athenäum-Zivilrecht I, S. 623/624.

²⁹⁴ RG 101, 275 (276 f.); Staudinger/Kaduk Rn. 24 vor § 328; § 334 Rn. 14, 34, 40; § 335 Rn. 4, 5; RGRK (Ballhaus)¹² § 335 Rn. 3; Palandt/Heinrichs § 335 Anm. 3; Fikentscher SchR § 37 III 2 e (S. 153); Hellwig, Verträge, S. 305 f., 309; Lange NJW 65, 661 (m. Nachw.), 662 f. *Gegen* eine Beschränkung der gesetzlichen Rechte des Versprechensempfängers auf Rücktritt oder Wandelung: MünchKomm (Gottwald) § 335 Rn. 6; Grunsky in: Athenäum-Zivilrecht I, S. 624.

²⁹⁵ S. 70.

²⁹⁶ Hellwig, Verträge, S. 309.

ger mit Zustimmung des Dritten wirksam den Rücktritt erklärt, so ist nach einer Meinung²⁹⁷ der Dritte gem. §§ 346 ff. zur Rückgewähr des Leistungsgegenstandes an den Versprechenden verpflichtet. Die Gegenmeinung²⁹⁸ betont, daß die Leistung an den Dritten zugleich mittelbare Leistung an den Versprechensempfänger ist. Der Dritte sei zwar forderungsberechtigt, aber nicht Vertragspartei und nicht zur Gegenleistung verpflichtet. Daher sei der *Versprechensempfänger* zur Rückerstattung verpflichtet. Eine Sondermeinung vertritt das OLG Düsseldorf,²⁹⁹ nach dem der Versprechensempfänger *und* der Dritte rückgewährpflichtig sind. *Gottwald*³⁰⁰ tritt wegen der Austauschbarkeit der Abwicklungsmodi dafür ein, die vertragliche Rückabwicklung in gleicher Weise wie die nach Bereicherungsrecht vorzunehmen, und kommt so zu der bekannten Differenzierung zwischen „Abkürzungsverträgen“ und „Versorgungsverträgen“.³⁰¹

Diese Stellungnahmen gehen zu Recht davon aus, daß sich beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter der Rückgewähranspruch des Versprechenden gegen den Empfänger seiner Leistung richtet. Deshalb ist beim Rücktritt Rückgewährschuldner nach §§ 346 ff., wer bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses Kondiktions-schuldner des Versprechenden wäre. Es ist ein und dieselbe Leistung, die Grundlage der Leistungskondiktion oder des Anspruchs nach §§ 346 ff. ist. Auch die Rückabwicklungsinteressen der Parteien sind in beiden Fällen dieselben. Daher ist bei der Abwicklung nach Rücktritt wie bei der Leistungskondiktion von einer Leistungskette Versprechender – Versprechensempfänger, Versprechensempfänger – Dritter auszugehen und die Leistungsrückgewähr hat innerhalb der Kausalverhältnisse zu erfolgen. Im übrigen darf auf die Ausführungen zu *Rücktritt und Wandlung bei der Anweisungsleistung* verwiesen werden.³⁰²

Eine eigenständige Begründung des Rückgewähranspruchs beim Rücktritt versucht *Ruppert*:³⁰³ Ein Rückgewähranspruch gegen den Versprechensempfänger helfe dem Versprechenden wenig, da der Dritte im Besitz des geleisteten Gegenstandes sei. Gerade diesen Gegenstand wolle aber der Versprechende beim Rücktritt wiederhaben. Der Gedanke der Verfolgung des geleisteten Gegenstandes oder der „Wertverfolgung“ ist freilich beim Rücktritt so wenig überzeugend wie bei der Leistungskondiktion: Auch beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter sollen nach dem Willen der Parteien dieselben Rechtsfolgen eintreten, wie wenn der Versprechende den Gegenstand dem Versprechensempfänger zugewendet, dieser ihn an den Dritten weitergegeben hätte. Dann hätte der Dritte den vom Versprechensempfänger sogleich weitergegebenen Gegenstand in Besitz. Trotzdem wäre der Rückge-

²⁹⁷ Hadding, S. 145; Ruppert, S. 87f., 102f.; Lange NJW 65, 662.

²⁹⁸ Planck/Siber § 334 Anm. 2a, aa; Blomeyer SchR I § 42 VI 2a (S. 261); Fikentscher SchR § 37 III 2e (S. 153).

²⁹⁹ VersR 70, 738, 739 (zu § 20 VVG).

³⁰⁰ MünchKomm (Gottwald) § 334 Rn. 9.

³⁰¹ MünchKomm (Gottwald) § 334 Rn. 11f. Zu dieser Unterscheidung s.o. unter 2a und b, dd.

³⁰² S.o. § 7 IV, VI 3b.

³⁰³ S. 87f.

währanspruch des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger gerichtet. Gäbe man also dem Versprechenden einen Anspruch auf Rückgewähr des Gegenstandes gegen den Dritten, so würde man ihn besser stellen, als er bei einer über den Versprechensempfänger führenden Leistungskette stünde. Dazu besteht kein Anlaß. Es ist außerdem zu bezweifeln, daß der Versprechende an einer Rückgewähr des Leistungsgegenstandes in Natur interessiert ist. Oft ist die Leistung in Natur gar nicht restituierbar: so z. B. Dienst- oder Werkleistungen und Gegenstände, die der Dritte verbraucht oder seinerseits weitergegeben hat. Jedenfalls würde das Interesse des Versprechenden an der Verfolgung des Leistungsgegenstandes sein Interesse an der Abwicklung innerhalb der Kausalverhältnisse nicht ohne weiteres aufwiegen. Vor allem aber ist das Interesse des *Versprechensempfängers* ebenso maßgebend. Es bleibt damit auch für den Rücktritt bei der Abwicklung innerhalb der Kausalverhältnisse.

Geht man von dieser Regelung aus, nach der der Dritte die Leistung bei einer Rückabwicklung im Deckungsverhältnis behält, so kann ein Rücktritt des Versprechensempfängers nicht mehr in die Rechtsstellung des Dritten eingreifen, nachdem dieser den Leistungsgegenstand erhalten hat. Dies ist beim Rücktritt häufig der Fall. Vom Leistungsempfang des Dritten an ist daher der Versprechensempfänger befugt, auch ohne Zustimmung oder Mitwirkung des Dritten zurückzutreten. Damit entfällt für diesen Bereich ein im Grunde unlösbares Dilemma: Ein einseitiges Rücktrittsrecht des Dritten vernachlässigt die Interessen des Versprechensempfängers. Ein unbeschränktes Rücktrittsrecht des Versprechensempfängers hingegen verstößt gegen das Interesse des Dritten. Fordert man das Zusammenwirken beider, so kommt es zum Rücktritt nur, wenn beide daran interessiert sind oder ein Urteil die Erklärung des einen Teils ersetzt (§ 894 ZPO), bevor etwaige Ausschlußfristen für das Recht abgelaufen sind. Diese Kompromißlösung schränkt das Rücktrittsrecht erheblich ein und begünstigt den Versprechenden. Die Abwicklung innerhalb der Kausalverhältnisse macht diesen unbefriedigenden Kompromiß weitgehend entbehrlich.

c) Die Gläubiger- und Konkursanfechtung

Die Anfechtung der Rechtsverleihung an den Dritten oder der Leistung des Versprechenden nach Anfechtungsgesetz und KO beruht auf einer Leistung im Sinne des im Bereicherungsrecht entwickelten Leistungsbegriffs. Anfechtbare Rechtshandlung ist eine Leistung. Daher richtet sich, wenn die sonstigen Voraussetzungen der §§ 3f. AnfG, 30ff. KO erfüllt sind, der Rückgewähranspruch der Gläubiger oder des Konkursverwalters des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger, der Anspruch der Gläubiger oder des Konkursverwalters des Versprechensempfängers gegen den Dritten. Es besteht volle Übereinstimmung mit der Anfechtung der Leistung auf Anweisung³⁰⁴ einerseits, den übrigen Leistungsfolgen beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter andererseits.³⁰⁵

³⁰⁴ S. o. § 7 VII.

³⁰⁵ S. o. III, IV 1–3b.

Es muß jedoch wieder betont werden, daß es den Parteien freisteht, Verträge zugunsten Dritter abzuschließen, bei denen der Dritte sein Recht und die Leistung des Versprechenden unmittelbar aus dem Vermögen des Versprechenden erwirbt. Freilich ergab sich, daß die Leistungs- und Rückabwicklungsinteressen der Parteien gegen diese Auslegung des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter sprechen. Verträge, die ausdrücklich eine solche Regelung enthalten oder nach der Verkehrsanschauung (§ 157) in diesem Sinn auszulegen sind, finden sich denn auch nur dort, wo die Parteien beabsichtigen, den Erwerb des Dritten dem Zugriff der Gläubiger oder des Konkursverwalters des Versprechensempfängers zu entziehen: beim Lohnschiebungsvertrag (1500 Mark-Vertrag) und bei der Lebensversicherung oder anderen Verträgen auf den Todesfall mit ursprünglicher Begünstigung eines Dritten. Der Gedanke an eine mögliche Anfechtung durch die Gläubiger oder den Konkursverwalter des Versprechensempfängers und den Schutz des Dritten gegen sie spielt in den Anweisungsfällen, beim einfachen und berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter in der Regel *keine* Rolle, hätte jedenfalls geringes Gewicht. Bei den *Versorgungsverträgen* tritt dieses Interesse am Schutz des begünstigten Dritten gegen Zwangsvollstreckung und Anfechtung jedoch nach h.M. in bestimmten Fällen typischerweise in den Vordergrund, prägt die Leistungsstruktur („unmittelbarer Rechtserwerb“) und damit alle Leistungsfolgen von der dinglichen Zuwendung über Erfüllung, Gewährleistung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung und die Rückabwicklung nach Bereicherungs- oder Rücktrittsrecht bis zur Gläubigeranfechtung. Fraglich erscheint indessen, ob die Vereinbarung eines „unmittelbaren Rechtserwerbs“ des Dritten wirklich geeignet ist, die Anwendung der Anfechtungsgesetze auszuschließen. Dem ist näher nachzugehen.

aa) 1500 Mark-Vertrag und Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter

Ein berechtigender Vertrag zugunsten Dritter mit „unmittelbarem Rechtserwerb“ des Dritten war der sogenannte *1500 Mark-Vertrag*.³⁰⁶ Er ist eine bis zur ZPO-Novelle von 1934 übliche Form des Arbeitsvertrags. Der Arbeitgeber wendet den Teil der Lohn- oder Gehaltsforderung des Arbeitnehmers, der die Pfändungsfreigrenze übersteigt, dessen Ehefrau zu. Der Name des Vertrags rührt daher, daß zu der Zeit, als er aufkam,³⁰⁷ ein Jahresgehalt von 1500,- RM unpfändbar war.³⁰⁸ Im

³⁰⁶ Vgl. Oertmann RuW 1914, 235 ff.; Becher, S. 25 f. Weitere *Nachweise* bei: Hellwig RuW 1912, 86 N. 46; Becher, S. 2, 22 f.; Oertmann RuW 1914, 235 und DGRW 1937, 107 N. 5; Pech, S. 11 f., 26; Stein ZZP 44 (1914), 429; Kiefer, S. 86 f.

³⁰⁷ Die erste Entscheidung, in der sich das RG mit dem 1500 Mark-Vertrag zu befassen hatte, ist das Urteil vom 14. 1. 1902 (RGSt. 35, 62), das einen Angestellten als Täter und den Arbeitgeber als Gehilfen wegen Vollstreckungsvereitelung (§ 288 StGB) verurteilte.

³⁰⁸ Bei Erlass der ZPO im Jahre 1877 wurde durch eine Änderung des Lohnbeschlagnahmengesetzes die Pfändungsfreigrenze für Beamte und dauernd angestellte Arbeitnehmer auf 1500 RM jährlich angehoben (vgl. Stein ZZP 44, 1914, 426). Durch die ZPO-Novelle von 1898 wurde auch das bisher unpfändbare Gehalt der kurzfristig Angestellten dieser Regelung unterworfen (vgl. Stein aaO, S. 427).

Vertrag wird ausdrücklich, häufig mit Bezug auf die Billigung der Klausel durch Reichsgericht und Reichsarbeitsgericht³⁰⁹ bestimmt, daß die Ehefrau den Anspruch unmittelbar vom Arbeitgeber, ohne Durchgang durch das Vermögen des Ehemannes erwerbe. Ebenso nimmt die h.M. beim *Lebensversicherungsvertrag* mit ursprünglicher, d.h. bei Vertragsschluß vereinbarter, Begünstigung eines Dritten auch ohne eine ausdrückliche Vertragsbestimmung an, daß der Begünstigte, meist ein Angehöriger des Versicherungsnehmers, den Versicherungsanspruch und die Versicherungssumme unmittelbar vom Versicherer (Versprechenden) erwirbt.³¹⁰ Beim Lebensversicherungsvertrag wie beim 1500 Mark-Vertrag geht es erklärtermaßen darum, den Erwerb des Dritten dem Zugriff der Gläubiger des Versprechensempfängers, also der Gläubigeranfechtung zu entziehen.³¹¹ In der Tat erkannte die h.M. zum 1500 Mark-Vertrag diese Vertragsgestaltung als wirksam an³¹² und versagte den Gläubigern des Arbeitnehmers (Versprechensempfängers) die Anfechtung.³¹³ Auch beim Lebensversicherungsvertrag mit anfänglicher Drittbegünstigung lehnt die h.M. einen Anfechtungsanspruch der Gläubiger des Versicherungsnehmers (Versprechensempfängers) auf Rückgewähr des Bezugsrechts oder der Versicherungssumme ab.³¹⁴

³⁰⁹ Vgl. Hellwig RuW 1912, 87; Stein Z郑 44 (1914), 429. Der Vertrag wurde in beteiligten Kreisen kennzeichnenderweise auch „Reichsgerichtsvertrag“ genannt.

³¹⁰ S. o. N. 19.

³¹¹ Vgl. zum 1500 Mark-Vertrag: RG 81, 41 (43); Becher, S. 3. Zum Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter vgl. Jaeger AnfG § 3 Anm. 79: Die h.M. zur Anfechtung der Begünstigung eines Dritten bei Lebensversicherungsverträgen beruhe auf dem Bestreben, „die Lebensversicherung in den Grenzen angemessener Fürsorge für die Hinterbliebenen des Versicherungsnehmers dem Zwangszugriffe seiner Gläubiger zu verschließen“.

³¹² *Gegen eine Nichtigkeit nach § 134:* h.M.; vgl. Stein Z郑 44 (1914), 437; Pech, S. 19f. m. w. N. *Für* eine Anwendung des § 134 jedoch RG 81, 41 (45f.); Volkmar ArbRspr 1930, 71; Schwister JW 1931, 2548.

Gegen eine Sittenwidrigkeit des Vertrags nach § 138: RG 67, 171; 69, 62; 81, 41 (45f.); RG JW 1922, 689 (Nr. 13); RAG ArbRspr 1929, 335; 1931, 55. *Für* Sittenwidrigkeit: KG OLGZ 28, 20 (23); Volkmar ArbRspr 1930, 70; Schwister JW 31, 2548; Pech, S. 20f. Zweifelnd: Stein Z郑 44 (1914), 438f.

Gegen eine Anwendung des § 117: RG 69, 62; 81, 41 (43); RG JW 1912, 689; RAG ArbRspr 1929, 393; 1930, 272, 339, 384; 1931, 55; Oertmann RuW 1914, 235; Becher, S. 3ff. *Für* das Vorliegen eines Scheingeschäfts jedoch: Stein Z郑 44 (1914), 441f., 444; Pech, S. 29f.; Schwister JW 31, 2548f. (m. Nachw. S. 2550 N. 1).

³¹³ Ständige Rechtsprechung des RG und RAG: vgl. RG 81, 41 (46); 69, 59 (61f.); RAG ArbRspr 1931, 55; 1930, 172. *Für* eine Anfechtung jedoch KG OLGZ 28, 20 (22f.) und die überwiegende Meinung in der Literatur: vgl. Hellwig RuW 1912, 86f.; Oertmann RuW 1914, 235f.; Schwister JW 31, 2353; Becher, S. 25f.; Pech, S. 33f.; Kiefer, S. 86f.; Planck/Siber Vorbem. III 3b γ vor § 328; Böhle-Stamschräder KO § 29 Anm. 14 a.E.; Schönke/Baur Zwangsvollstreckungsrecht § 64 II 2 c (S. 304).

³¹⁴ BGH 13, 232; 32, 47; RG 14, 21; 51, 403 (404); 54, 96; 61, 217 (219); 62, 46; 66, 158 (162); 71, 324; 128, 187 (190); 153, 220; RG JW 08, 689; Jaeger AnfG § 3 Rn. 78; Böhle-Stamschräder AnfG § 3 Anm. VI 1; Mentzel/Kuhn KO § 1 Rn. 71, § 32 Rn. 17; Böhle-Stamschräder KO § 32 Anm. 5; Jaeger/Lent KO § 32 Rn. 23. Die Anfechtung wird jedoch *nicht* völlig ausgeschlossen: Der Dritte muß den Wert der vom Versprechensempfänger während der Anfechtungsfrist geleisteten Prämien zurückerstatten (vgl. Jaeger/Lent KO aaO; Böhle-

Der Ausschluß der Anfechtung gegenüber dem Dritten wird nicht selten als notwendige Folge der Unmittelbarkeit seines Rechtserwerbs vom Versprechenden angesehen.³¹⁵ In Wahrheit sind jedoch andere Gründe maßgebend. Die Zuwendung des Arbeitnehmers (Versprechensempfängers) an die Ehefrau durch den *1500 Mark-Vertrag* war typischerweise zum Familienunterhalt bestimmt, denn der ihm nach damaligem Vollstreckungsrecht verbleibende Teil seines Gehalts reichte zum Unterhalt der Familie nicht aus. Nur aus diesem Grund fand der Vertrag in der Rechtsprechung und Teilen der Literatur³¹⁶ Anerkennung. Die sittliche Pflicht zur Versorgung der Familie wurde höher bewertet als die konkurrierende Pflicht zur Befriedigung der Gläubiger.³¹⁷ Daher empfand man die Vereinbarung des unmittelbaren Rechtserwerbs der Ehefrau nicht als Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB).³¹⁸ Eben deshalb galt sie nicht als Umgehung der Anfechtungsgesetze, da diese nur sittenwidrige Gläubigerbenachteiligungen rückgängig machen sollten.³¹⁹ Ein Sittenverstoß liegt, wie das *Reichsgericht* in der *Entscheidung vom 29. 11. 1912*³²⁰ feststellt, nicht vor, „wenn der Gesamtbetrag der gewährten Vergütungen nicht das Maß dessen übersteigt, was zum Unterhalt des Dienstverpflichteten und dem seiner Familie bei einer bescheidenen, dem Stande des Dienstverpflichteten entsprechenden Lebensführung erforderlich ist“. Die Zuwendung an die Ehefrau war demnach sittenwidrig, soweit sie zur Sicherung des Unterhalts der Familie nicht notwendig war.³²¹ Heute ermöglicht § 850h I ZPO³²² den Gläubigern des Arbeitnehmers die Vollstreckung auch in den der Ehefrau zugewandten Teil des Gehaltsanspruchs und nimmt damit dieser Vertragskonstruktion ihre Wirkung. Die Einführung und Beibehaltung dieser Vorschrift beruht auf der Überzeugung, daß die Neuregelung des Schuldnerschutzes, insbesondere der Pfändungsfreigrenzen, auf Unterhaltspflichten

Stamschräder KO aaO; Jaeger AnfG § 3 Rn. 79; Böhle-Stamschräder AnfG § 3 Anm. VI 1; Heilmann KTS 66, 85f.). *Für einen Anfechtungszugriff auf die Versicherungssumme*: Oertmann AcP 138 (1934), 56; G. u. D. Reinicke NJW 56, 1054f.; Heilmann KTS 72, 18f.

³¹⁵ Beim 1500 Mark-Vertrag fehle es an einer anfechtbaren Rechtshandlung, durch die der Gehaltsanspruch dem Vermögen des Arbeitnehmers (Versprechensempfängers) entzogen worden sei: vgl. RG 69, 59 (61f.); RAG ArbRspr 1931, 55. Der Arbeitnehmer (Versprechensempfänger) habe nur seine Arbeitskraft, also keinen Vermögensgegenstand geopfert, der der Zwangsvollstreckung unterlag: vgl. RAG ArbRspr 1930, 172. Der Arbeitnehmer (Versprechensempfänger) habe lediglich auf einen „zukünftigen Erwerb“ verzichtet: vgl. RG 69, 59; RG JW 05, 442 (Nr. 27); vgl. auch die Nachweise bei Becher, S. 29.

³¹⁶ Vgl. Oertmann RuW 1914, 235; Hellwig RuW 1912, 87; Cohn Gruch 57, 721; Stein ZZP 44 (1914), 431; Pech, S. 9.

³¹⁷ Vgl. Stein ZZP 44 (1914), 439; Pech, S. 22f., 25; Schwister JW 31, 2354.

³¹⁸ S. o. N. 312.

³¹⁹ Nach h. M. sind die Anfechtungsvorschriften *lex specialis* zu § 138 BGB: vgl. RG 56, 229 (230); 69, 143 (147 m. Nachw.); 74, 224 (226); SeuffA 75 Nr. 86 (S. 147); Soergel/Hefermehl § 134 Rn. 37; Erman/H. Westermann § 138 Rn. 7; Larenz AT § 22 III (S. 379) m. w. N.

³²⁰ RG 81, 41 (45).

³²¹ Vgl. RG 81, 41 (46); RG JW 1912, 689 (Nr. 13); RAG ArbRspr 1929, 335; 1931, 55; Stein ZZP 44 (1914), 439f.; Becher, S. 3, 9, 11.

³²² § 850h I ZPO übernimmt wörtlich § 850c ZPO, der durch Gesetz vom 24. 10. 1934 (RGBl. I, S. 1070) eingefügt wurde und später als § 10 LohnPfVO fortbestand.

des Schuldners (Versprechensempfängers) gegenüber seiner Familie genügende Rücksicht nimmt (vgl. §§ 765 a, 850 c, 850 d, 850 f, 850 i ZPO), die unpfändbaren Beträge zur Befriedigung der notwendigen Lebensbedürfnisse ausreichen und regelmäßig an das steigende Niveau der Lebenshaltungskosten angepaßt werden.³²³ Geht man davon aus, steht heute einer Gläubigeranfechtung beim 1500 Mark-Vertrag grundsätzlich nichts im Wege. Für sie besteht allerdings kein Bedürfnis, soweit § 850 h I ZPO eine direkte Vollstreckung ermöglicht.

Auch beim *Lebensversicherungsvertrag* mit Begünstigung eines Dritten geht die h.M. davon aus, daß typischerweise ein naher Angehöriger des Versicherungsnehmers (Versprechensempfängers) begünstigt ist. Die Zuwendung des Bezugsrechts und der Versicherungssumme wird als Versorgungsleistung angesehen, mit der der Versicherungsnehmer eine unterhaltsrechtliche oder sittliche Pflicht zur Sicherstellung des Dritten für die Zeit nach seinem (des Versicherungsnehmers) Tod erfüllt. Weiter wird unterstellt, daß der Dritte nicht anderweit ausreichend versorgt ist. Auch hier wird also ein unmittelbarer Rechtserwerb des Dritten nur deshalb angenommen, die Anfechtung nur deshalb ausgeschlossen, weil die rechtliche oder sittliche Unterhaltspflicht des Versicherungsnehmers (Versprechensempfängers) gegenüber dem Dritten höher bewertet wird als seine Pflicht gegenüber den Gläubigern.³²⁴ Freilich wurde von jeher bestritten, daß der Gedanke der Familienfürsorge den *generellen* Ausschluß des Gläubigerzugriffs auf den Versicherungsanspruch und die Versicherungssumme beim Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter rechtfertigen kann.³²⁵ Im folgenden wird der Nachweis versucht, daß der Anfechtungsanspruch gegen den Dritten auf Rückgewähr des Versicherungsanspruchs oder der Versicherungssumme jedenfalls nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil er diese Gegenstände unmittelbar aus dem Vermögen des Versicherers (Versprechenden) erwarb.

bb) Die Anfechtung gegen den Dritten

In der Literatur zum 1500 Mark-Vertrag findet sich der überzeugende Nachweis, daß auch in den Fällen des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter, in denen der Dritte die Forderung unmittelbar aus dem Vermögen des Versprechenden erwirbt, eine Benachteiligung der Gläubiger des Versprechensempfängers im Sinne der An-

³²³ Vgl. zuletzt das 4. Gesetz zur Änderung der Pfändungsfreigrenzen vom 28. 2. 1978 (BGBl. I, S. 333).

³²⁴ Schon Hellwig (RuW 1912, 86) und Becher (S. 34 f.) weisen darauf hin, daß das RG mit fast wörtlich derselben Begründung die Zuwendung des pfändbaren Gehaltsanteils an die Ehefrau beim 1500 Mark-Vertrag und die Zuwendung des Versicherungsanspruchs oder der Versicherungssumme beim Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter für unanfechtbar erklärt (vgl. auch O. M. v. Gierke, S. 27 f.).

³²⁵ *Dagegen* mit guten Gründen: Brecher AllgÖsterrGerZ 53 (1902), 404; Jaeger KO, 2. Aufl., § 32 Rn. 28 a. E. (anders die Folgeauflagen); Stübler, S. 51; O. M. v. Gierke, S. 91 f.; Oellers JW 37, 2937, 2939. Nach Heilmann (KTS 72, 22 f.; ZHR 113, 94) und Plumbohm (JW 38, 352 f.) ist der Schutz der Angehörigen grundsätzlich gerechtfertigt, in der gegenwärtigen Form jedoch unzureichend. S. o. III 5.

fechtungsvorschriften gegeben ist: Oertmann führt ihn in zwei Aufsätzen,³²⁶ in denen er gegen die h.M. für eine Anfechtung der Zuwendung des Arbeitnehmers (Versprechensempfängers) an seine Ehefrau eintritt. Seine Theorie ist auf *alle* Fälle einer mittelbaren Zuwendung anzuwenden, die nicht zu den Anweisungsleistungen im engeren Sinn gehören. Oertmann sucht die beim 1500 Mark-Vertrag vorliegende besondere Form einer Zuwendung des Versprechensempfängers an den Dritten durch eine Analogie zur *intercessio tacita* des klassischen römischen Rechts zu verstehen.

Das SC Velleianum³²⁷ verbot Frauen die Interzession,³²⁸ die Übernahme fremder Schulden, insbesondere Bürgschaft, Schuldbeitritt und Schuldübernahme. Die Gefährlichkeit der Interzession beruht vor allem darauf, daß der Eintretende schuldet, ohne den nach dem Vertrag zu leistenden Gegenwert fordern zu können. Eine ähnliche Rechtslage ergab sich, wenn eine Frau einen Kaufvertrag abschloß, darin die Kaufpreisschuld übernahm, aber Lieferung des Kaufgegenstandes an einen Dritten vereinbarte. Eine Interzession lag hier nicht vor: Die Kaufpreisschuld entstand in der Person der Frau, die Schuld war nicht fremd in dem Sinn, daß sie einem anderen Schuldner abgenommen wurde. Gleichwohl werden solche Fälle in mehreren Quellenstellen³²⁹ der Interzession gleichgestellt und dem Verbot des SC Velleianum unterworfen (*intercessio tacita*). Es rechtfertigte keinen Unterschied in der rechtlichen Behandlung, ob jemand eine bestehende fremde Schuld nachträglich übernehme oder ob er eine materiell einen anderen angehende Schuld in seiner Person entstehen lasse. Die in der Rechtsfigur der *intercessio tacita* enthaltene Analogie zur Interzession beruht auf zwei Gedanken: Einmal wird die ursprüngliche Übernahme einer Schuld der nachträglichen gleichgestellt. Zum anderen wird der Begriff einer „materiell“ fremden Schuld eingeführt: Die Frau schuldet den Kaufpreis von Anfang an, die Kaufpreisschuld ist in diesem formalen Sinn eine eigene Schuld. Aber es kommt ihr eigentlich nicht zu, Schuldnerin des Kaufpreises zu sein, da sie die Gegenleistung nicht oder nur Leistung an einen Dritten verlangen kann. Umgekehrt schuldet der Dritte nichts und doch käme es ihm zu, den Kaufpreis zu zahlen, da er den Kaufgegenstand erhält. Nach dem Sinn des gegenseitigen Vertrages gebührt der Kaufgegenstand dem, der den Kaufpreis zahlt. Dies gilt nicht nur für Austauschverträge, sondern z.B. auch für das Darlehn:³³⁰ Es kommt dem zu, das Darlehn zurückzuzahlen, der die Valuta empfangen hat. Den Parteien steht es jedoch grundsätzlich frei, von dieser im Vertrag angelegten Grundordnung abzuwei-

³²⁶ RuW 1914, 239; AcP 138 (1934), 72f. Eine ähnliche Konstruktion der Zuwendung des Versprechensempfängers an den Dritten bei unmittelbarem Rechtserwerb vom Versprechenden vertritt v. Tuhr AT II 1, S. 36. Dazu s.o. § 11 II 2a bei N. 43.

³²⁷ Dazu vgl. Oertmann RuW 1914, 239 (m. Nachw.); Medicus, Zur Geschichte des SC Velleianum, Graz 1957.

³²⁸ Zur Interzession im klassischen römischen Recht vgl. Kaser RPR I, S. 667 (m. Nachw.), zur Interzession des gemeinen Rechts Windscheid/Kipp Pandektenrecht II §§ 485f. (S. 1127f.).

³²⁹ Vgl. insbes. Alex. C 4, 29, 4.

³³⁰ Vgl. die angeführte Quellenstelle (N. 329).

chen und etwa die Kaufsache an einen Dritten liefern zu lassen, wenn der Käufer nicht selbst Eigentümer der Sache bleiben, sondern sie zur Leistung an den Dritten benutzen will. Besteht freilich, wie im römischen Recht zum Schutz der Frauen vor einseitigen Verpflichtungen, ein Verbot der Übernahme fremder Schulden, so ist es auf die ursprüngliche Übernahme materiell fremder Schulden auszudehnen, da sie dieselbe Gefährlichkeit besitzt. Dies bedeutet eine extensive Auslegung der Verbotsbestimmungen.

Oertmann wendet den Gedanken der *intercessio tacita* auf den Fall des 1500 Mark-Vertrags entsprechend an. Sei die ursprüngliche Übernahme einer materiell fremden Schuld der nachträglichen Übernahme (formell) fremder Schulden rechtsähnlich, so sei auch der Fall, daß jemand einen ihm gebührenden, also materiell eigenen Anspruch von vornherein in der Person eines anderen entstehen lasse, dem der späteren Übertragung des Anspruchs (*cessio*) gleichzustellen. Man könnte im Sinne *Oertmanns* von einer *cessio tacita* sprechen. Die Entsprechung zur Rechtsfigur der *intercessio tacita* liegt einmal in dem Gedanken, daß die rechtliche Behandlung einer Forderungsübertragung nicht davon abhängen kann, ob sie zugleich mit der Entstehung der Forderung oder später vorgenommen wird. Dies gilt auch für die Einräumung einer Forderung durch Drittbegünstigung nach § 328, die ebenfalls ursprünglich, bei Vertragsschluß, oder nachträglich vereinbart werden kann. Beide, die ursprüngliche wie die nachträgliche Begünstigung können freilich so gestaltet werden, daß zunächst der Versprechensempfänger erwirbt (Durchgangserwerb) und von ihm der Dritte, oder so, daß der Begünstigte den Anspruch unmittelbar vom Versprechenden erwirbt, wie es der 1500 Mark-Vertrag vorsah. Beim *unmittelbaren* Forderungserwerb des Dritten kommt der eigentliche Rechtsgedanke der *intercessio tacita* zur Anwendung: Es kann rechtlich keinen Unterschied bedeuten, ob der Versprechensempfänger dem Dritten ein ihm formal zustehendes Recht überträgt, oder ob er ein ihm materiell gebührendes Recht in der Person des Dritten entstehen läßt. Beim 1500 Mark-Vertrag gebührt der Gehaltsanspruch dem Arbeitnehmer (Versprechensempfänger), da er zur Gegenleistung verpflichtet war und diese Leistung erbracht hat. Der Gehaltsanspruch und das Gehalt sind wirtschaftlich wie rechtlich Gegenwert der Arbeitsleistung. Ohne die Klausel über den unmittelbaren Erwerb der Ehefrau wäre der Arbeitnehmer auch bei einem berechtigenden Vertrag mit ursprünglicher Begünstigung seiner Frau zumindest für eine „juristische Sekunde“ forderungsberechtigt gewesen. Die Ehefrau hätte formell aus seinem Vermögen erworben, eine Benachteiligung seiner Gläubiger wäre eindeutig gegeben. Nach *Oertmann*³³¹ erwirbt die Ehefrau beim 1500 Mark-Vertrag „materiell aus dem Vermögen“ des Mannes: Sie erwirbt etwas, was zwar nicht bei formeller, doch bei materieller Betrachtung als Bestandteil des Vermögens des Mannes erscheint. *Oertmann* meint jedoch nicht die „materielle“ oder „wirtschaftliche“ Betrachtung der h. M., also nicht, daß der „Zugriffswert“ des Gehaltsanspruchs in irgendeiner Form im Vermögen des Arbeitnehmers war und die Ehefrau in diesem Sinn „aus seinem Vermögen“ erworben hat. Dies ist nicht der Fall. Dem Arbeitnehmer stand aus dem

³³¹ RuW 1914, 239.

Arbeitsvertrag kein Anspruch auf Einräumung der Gehaltsforderung zu, den er durch die Begründung der Gehaltsforderung der Ehefrau eingebüßt hätte und dessen Zugriffswert in Gestalt der Gehaltsforderung auf sie übergegangen wäre. Dem Arbeitnehmer *gebührte* zwar die Gehaltsforderung, da er die Gegenleistung erbrachte, aber dieses Gebühren ist keine Rechtsposition des (formalen) Vermögensrechts, kein Vollstreckungsgegenstand oder Zugriffswert.³³² Es ist eine Vorstufe der Rechtszuständigkeit und befähigt den Berechtigten, die einzuräumende Forderung mit Einverständnis des sich Verpflichtenden in der Person eines Dritten entstehen zu lassen, also zu einer Art Vorausverfügung über die Forderung. Das Gebühren bedeutet vor allem keinen Anspruch gegen den künftigen Schuldner auf Einräumung der Forderung. Diese Auffassung würde zu einem unendlichen Regreß der Ansprüche auf Begründung eines Anspruchs führen. Der Zugriffswert des Gehaltsanspruchs der Ehefrau befand sich auch nicht in Gestalt der Gegenleistung des Arbeitnehmers in dessen Vermögen. Er setzte zur Gegenleistung an den Arbeitgeber (Versprechenden) nicht sein Vermögen ein, sondern seine Arbeitskraft, die nach h.M. kein Vermögensgut und nicht Gegenstand der Vollstreckung ist. Hat der Arbeitnehmer also etwas geleistet, was nicht zum haftenden Vermögen gehörte, so liegt darin keine Gläubigerbenachteiligung. *Oertmanns* Analogie zur *intercessio tacita* meint etwas anderes: Als Gegenleistung für die Verpflichtung zur Arbeit und die Arbeitsleistung gebührte der Gehaltsanspruch dem Arbeitnehmer, war für sein Vermögen bestimmt und bereits Gegenstand seiner „Verfügung“. Eine Forderung, die in dieser Form dem Vermögen des Arbeitnehmers materiell zugeordnet ist, wird in den Haftungsverband einbezogen, obwohl sie niemals als formelles Recht Bestandteil des Vermögens war und die Gläubiger zu keinem Zeitpunkt in sie oder einen mit ihr „wirtschaftlich“ identischen Zugriffswert vollstrecken konnten. Dies erfordert eine analoge Anwendung der Anfechtungsvorschriften (§ 7 I AnfG, § 37 I KO). Normen sind grundsätzlich analogiefähig.³³³ Gründe *gegen* eine analoge Anwendung der Anfechtungsvorschriften sind nicht ersichtlich. *Für* sie spricht entscheidend, daß sie allein eine *Umgehung* des Gesetzes verhindern kann. Die Gläubigeranfechtung dient dem Zweck, Gegenstände, die der Schuldner in verwerflicher Weise dem Zugriff der Gläubiger entzogen hat, der Vollstreckung zuzuführen. Hier darf es keinen Unterschied machen, ob der Schuldner ihm gebührende Vermögenswerte erwirbt, also zunächst dem Vollstreckungszugriff aussetzt und dann veräußert

³³² Zum „Gebühren“ als einer Grundkategorie des Rechts Larenz AT § 13 I (S. 179); ders., Festschr. f. Sontis, S. 140 f.; vgl. auch v. Caemmerer, Festschr. f. Rabel I, S. 337, 343.

³³³ Vorschriften, die ihrer Natur nach jeder Analogie unzugänglich sind, gibt es nicht (Canaris, Feststellung von Lücken, S. 183). Dies gilt auch für „Ausnahmevorschriften“ (vgl. BGH 26, 78, 83; Staudinger/Brändl Einleitung AT Rn. 69; Enneccerus/Nipperdey AT § 48 I 2, S. 297 N. 6; Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl., S. 329 m. Nachw.; ders., Methodenlehre, 4. Aufl., S. 344, 372 f.; Canaris, Feststellung von Lücken, S. 181 m. Nachw.; Gaul, Wiederaufnahmerecht, S. 37 f.). Ein gesetzliches Analogieverbot für bestimmte Normen ist jedoch denkbar (Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl., S. 329 m. Nachw.; ders., Methodenlehre, 4. Aufl., S. 229 f.): Ein solches Verbot besteht etwa für strafbegründende und strafschärfende Tatbestände des StGB und der Nebengesetze (Art. 103 II GG: Nulla poena sine lege).

oder ob er sie – eine weit wirkungsvollere Art der Gläubigerbenachteiligung – dem haftenden Vermögen fernhält und so über sie verfügt, daß sie im Vermögen eines Dritten zur Entstehung kommen. Der berechtigende Vertrag zugunsten Dritter mit unmittelbarem Rechtserwerb ist ein typisches Geschäft zur Umgehung der Gläubigeranfechtung. Daher sind die Anfechtungstatbestände auf ihn analog anzuwenden. Die Ehefrau des Arbeitnehmers hat das ausbezahlte Gehalt analog § 7 I AnfG oder § 37 I KO „zurückzugewähren“.

Es bleibt noch der Einwand zurückzuweisen, die Verfügung des Arbeitnehmers nach § 328 sei bloßer *Erwerbsverzicht*,³³⁴ bei dem nach h. M. mangels Gläubigerbenachteiligung eine Anfechtung nicht möglich ist.³³⁵ Niemand könne dem Schuldner im Interesse seiner Gläubiger vorschreiben, welche Geschäfte er abzuschließen habe. Eine Anfechtung sei daher ausgeschlossen, wenn der Schuldner ein Schenkungsangebot ablehne, auf angefallene, aber noch nicht endgültig erworbene Rechte verzichte, eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlage. Der vorliegende Fall unterscheidet sich jedoch von diesen Beispielen wesentlich. Es geht hier nicht darum, ob der Schuldner ein Geschäft abschließt, also ob er arbeiten will oder nicht: Er hat den Arbeitsvertrag abgeschlossen und durch Arbeit erfüllt. Die Klausel über die Begünstigung der Ehefrau darf nicht isoliert gesehen werden. Es geht auch nicht um eine unentgeltliche Zuwendung an den Schuldner, sondern um das durch seine Leistung verdiente Entgelt. Schließlich erklärt der Arbeitnehmer nicht einen bloßen Verzicht, sondern er wendet den Gehaltsanspruch der Ehefrau zu. Seine Erklärung ist Erwerbsgrund für sie. Anders bei der Ausschlagung einer Erbschaft: Der ausschlagende Erbe gibt eine Erklärung rein negativen Inhalts ab (vgl. § 1953 I), die Erbschaft fällt kraft Gesetzes oder letztwilliger Verfügung dem Nächstberufenen an (§ 1953 II). Der Fall der *cessio tacita* ist demnach *kein* Fall des bloßen Erwerbsverzichts. Freilich ist behauptet worden, der Schuldner sei nicht verpflichtet, seine Arbeitskraft so zu verwenden, daß seine Gläubiger auf das ihm zustehende Entgelt Zugriff haben.³³⁶ Dies geht jedoch zu weit: Der Schuldner braucht nicht zu arbeiten, er kann auch unentgeltlich arbeiten (vgl. aber § 850h II ZPO). Doch wenn er gegen Entgelt arbeitet, dann müssen die Gläubiger Zugriff haben.³³⁷ Die Haftung des Entgelts darf nicht davon abhängen, ob der Schuldner es selbst erwirbt oder aus dem Vermögen des Arbeitgebers unmittelbar einem Dritten zuwendet.

cc) Die Anfechtung der Gläubiger des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger

Das Anfechtungsrecht beschränkt sich nicht auf den Schutz der Gläubiger des Versprechensempfängers. Beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter mit un-

³³⁴ So Mentzel/Kuhn KO § 32 Rn. 15; vgl. auch RG 69, 59; RG JW 05, 442 (Nr. 27); RG LZ 1914, Sp. 491 (492f.); w. Nachw. bei Becher, S. 29.

³³⁵ Vgl. Jaeger/Lent KO § 32 Rn. 11; Mentzel/Kuhn KO § 32 Rn. 15; Böhle-Stamschräder KO § 29 Anm. 13; Böhle-Stamschräder AnfG § 1 Anm. III 2.

³³⁶ RG 69, 59 (62); 81, 41 (46); RG JW 12, 689 (Nr. 13); RAG ArbRspr 1931, 55. *Dagegen*: KG OLGZ 28, 20 (23); Stein ZZP 44 (1914), 438f.

³³⁷ Ebenso KG und Stein aaO.

mittelbarem Rechtserwerb des Dritten können auch die Gläubiger des *Versprechenden* benachteiligt sein: Im Konkurs sind bereits reine Verpflichtungsgeschäfte anfechtbar, da sie eine Vermehrung der Passivmasse bedeuten.³³⁸ Jedenfalls aber kann die Leistung des Versprechenden seine Gläubiger benachteiligen. Ihr Anfechtungsanspruch kann sich nicht gegen den Dritten richten: Die Annahme, der Erwerb des Dritten stehe einem Erwerb „aus dem Vermögen“ des *Versprechensempfängers* gleich, mit der oben die Anfechtung der Gläubiger des Versprechensempfängers gegen den Dritten begründet wurde, schließt ein, daß der Dritte den Gegenstand nicht „auf Kosten“ des *Versprechenden* erworben hat. Die Anfechtung der Gläubiger des Versprechenden und der Gläubiger des Versprechensempfängers muß in ihren Voraussetzungen übereinstimmen. Zur unmittelbaren Zuwendung des Versprechenden an den Dritten gibt es nur die Alternative einer *Zuwendungskette* vom Versprechenden über den Versprechensempfänger zum Dritten. Daher ist die Anfechtung der Gläubiger des Versprechenden gegen den *Versprechensempfänger* zu richten, wenn dessen Gläubiger gegenüber dem Dritten anfechtungsberechtigt sind. Die Anfechtung der Leistung des Versprechenden erfolgt, wie wenn er den Gegenstand dem Versprechensempfänger, dieser ihn dem Dritten zugewendet hätte. Diese Analogie zur Zuwendungskette läßt sich auch aus dem Verhältnis des Versprechenden zum Versprechensempfänger begründen: Die Gehaltszahlung gebührte dem Versprechensempfänger als Gegenwert für seine Arbeitsleistung und *er* hätte die Summe erworben, hätte er sie nicht auf seine Kosten dem Dritten zugewandt. Die Gläubiger des Versprechenden erleiden durch diese „Verfügung“ dieselbe Benachteiligung, wie wenn der Versprechende das Gehalt dem Versprechensempfänger zugewandt und dieser es sogleich an den Dritten weitergegeben hätte. Daß der Versprechensempfänger die ihm gebührende Summe nicht selbst erwarb, sondern an den Dritten auszahlen ließ, ist für sie zufällig. Sie mußten damit zufrieden sein, daß der Versprechende die Summe dem zuwandte, dem sie gebührte, und haben kein Recht darauf, besser gestellt zu werden. Hätte der Versprechende das Gehalt *an den Versprechensempfänger ausbezahlt*, wäre der Anfechtungsanspruch seiner Gläubiger gegen den Versprechensempfänger gerichtet. Die sogleich weitergegebene Summe wäre in dessen Vermögen nicht mehr vorhanden. Ebenso stehen die Gläubiger, wenn sich die Anfechtung aufgrund der *Auszahlung an den Dritten* gegen den Versprechensempfänger richtet. Der Versprechensempfänger ist dem Anfechtungsanspruch ausgesetzt, da er wie der Empfänger der Leistung zu behandeln ist: Die durch eine Gegenleistung oder die Verpflichtung dazu erworbene Verfügungsmöglichkeit über eine Leistung ist haftungsrechtlich dem Erwerb des Leistungsgegenstandes und seiner anschließenden Weiterveräußerung gleichzusetzen, wenn der Leistungsgegenstand nur deshalb nicht in das Vermögen des Erwerbsberechtigten gelangt, weil dieser ihn einem Dritten zuwendet, der ihn unmittelbar aus dem Vermögen des Leistungsverpflichteten erwirbt. Ohne den Anfechtungsanspruch der Gläubiger des Versprechenden würde der Versprechensempfänger vom Verspre-

³³⁸ Jaeger/Lent KO § 29 Rn. 18; Böhle-Stamschräder KO § 29 Anm. 13.

chenden anfechtungsfrei erwerben und könnte den Vermögenswert des Gehalts, etwa in Gestalt der Befreiung von einer Schuld gegenüber dem Dritten oder einer Gegenleistung im Valutaverhältnis, behalten. Auch dies wäre eine *Umgehung* der Anfechtungsvorschriften. Daher ist analog § 7 I AnfG, § 37 I KO ein Anfechtungsanspruch der Gläubiger oder des Konkursverwalters des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger anzunehmen. Ist der Versprechensempfänger gutgläubig, so beschränkt sich seine Verpflichtung auf die Herausgabe der bei ihm vorhandenen Bereicherung (analog § 7 II AnfG, § 37 II KO).

Die Anfechtungsansprüche gegen den Versprechensempfänger und den Dritten beruhen, wie ausgeführt, auf der Analogie zu einer vom Versprechenden über den Versprechensempfänger zum Dritten führenden *Zuwendungskette*. Die Anfechtung überwindet auf diese Weise die formale Gestaltung des Dreipersonenverhältnisses, nach der der Dritte den Leistungsanspruch und die Leistung unmittelbar aus dem Vermögen des Versprechenden erwirbt. Voraussetzung der Analogie ist der zwingende Charakter der Anfechtungsvorschriften, die ohne Rücksicht auf den Parteiwillen angewendet werden, wenn der gesetzliche Tatbestand erfüllt oder ein rechtsähnlicher Sachverhalt gegeben ist. Gegen die Analogie kann nicht eingewendet werden, die Anfechtung sei gegen die tatsächlich vorgenommene Handlung zu richten, nicht gegen das, was die Parteien hätten tun können oder wozu sie verpflichtet gewesen seien.³³⁹ Die analoge Anwendung der Anfechtungsvorschriften, wie wenn eine über den Versprechensempfänger führende *Zuwendungskette* stattgefunden hätte, erfolgt nicht deshalb, weil die Parteien ebensogut eine *Zuwendungskette* hätten ausführen können – sie haben es nun einmal nicht getan, haben es oft bewußt vermieden. Die Analogie zur *Zuwendungskette* ist geboten, weil die im Rahmen des Deckungsverhältnisses tatsächlich vollzogene *Zuwendung des Versprechensempfängers an den Dritten aus dem Vermögen des Versprechenden* in ihrer Wirkung auf die Vollstreckungsmöglichkeiten der Gläubiger des Versprechenden und des Versprechensempfängers einer *Zuwendungskette* rechtsähnlich ist.³⁴⁰

dd) Die allgemeine Anwendbarkeit der Theorie *Oertmanns*

Oertmanns Gedankengang ist auf jede Zuwendung anwendbar, die der Versprechensempfänger einem Dritten aus dem Vermögen des Versprechenden macht: auf die Zuwendung der Forderung an den Dritten im Wege der Begünstigung nach § 328, auf die Leistung, mit der der Versprechende seine Leistungspflicht gegenüber dem Dritten erfüllt, aber auch die Leistung des Versprechenden beim einfachen Vertrag zugunsten Dritter, *sofern der Dritte unmittelbar vom Versprechenden erwerben soll*. Dasselbe gilt in Anweisungsfällen, wenn der Angewiesene zur *Eigenleistung* an den Empfänger veranlaßt und dazu ermächtigt wird, durch sie seine Leistungspflicht gegenüber dem Anweisenden zu erfüllen (§§ 362 II, 185). In dieser erweiterten Form ist die Theorie *Oertmanns* auch heute noch für den 1500 Mark-

³³⁹ Vgl. RG 48, 148 (151).

³⁴⁰ Eine ähnliche Lösung schlägt für das Bereicherungsrecht Kupisch (insbes. S. 19 f.) vor. Dazu s. o. § 9 IV.

Vertrag (Lohnschiebungsvertrag) von Bedeutung: § 850h I ZPO ermöglicht zwar die Pfändung des dem Dritten zugewendeten Gehaltsanspruchs, erstreckt sich jedoch nicht auf das ausgezahlte Gehalt.³⁴¹ Nach der Auszahlung können die Gläubiger oder der Konkursverwalter des Versprechensempfängers gegenüber dem Dritten anfechten.

ee) Gegenüberstellung mit der herrschenden Meinung

Die h.M. zur Anfechtung mittelbarer Zuwendungen³⁴² geht vom Modell der Anweisungsleistung aus und unterscheidet zwischen der Anweisung „auf Schuld“ und der Anweisung „auf Kredit“. *Stand dem Anweisenden gegen den Angewiesenen ein Anspruch auf den Leistungsgegenstand zu*, so richtet sich der Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger auf den Gegenstand selbst: Die Gläubiger des Anweisenden können nach § 7 I AnfG Duldung der Zwangsvollstreckung, der Konkursverwalter des Anweisenden nach § 37 I KO Übereignung in die Masse verlangen. Die Gläubigerbenachteiligung wird darin gesehen, daß der Schuldner (Anweisende) in seinem Vermögen einen Anspruch auf den Leistungsgegenstand hatte, dessen Wert durch die Anweisungsleistung in Gestalt des Leistungsgegenstands auf den Empfänger überging. Der ursprüngliche Übereignungsanspruch des Anweisenden und der Leistungsgegenstand seien „als Zugriffswert“, „bei wirtschaftlicher Betrachtung“ identisch. Daher habe der Empfänger den Leistungsgegenstand „aus dem Vermögen“ des Schuldners (Anweisenden) erworben. *Stand dem Schuldner (Anweisenden) hingegen kein Anspruch auf den Leistungsgegenstand zu*, richtet sich nach h.M. der Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger auf Wertersatz für die vom Schuldner (Anweisenden) an den Angewiesenen erbrachte Gegenleistung. Hier sei der Wert der Gegenleistung durch die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger in dessen Vermögen übergegangen. Daher habe der Empfänger den Wert der Gegenleistung im Deckungsverhältnis „aus dem Vermögen“ des Schuldners (Anweisenden) erworben. Die „wertmäßige“ Identität der Gegenleistung des Anweisenden und des vom Empfänger erworbenen Leistungsgegenstandes wird ebenfalls mit einer „wirtschaftlichen Betrachtung“ begründet. Dies alles gilt auch für den Vertrag zugunsten Dritter, insbesondere für die Fälle, in denen der Dritte unmittelbar vom Versprechen erwirbt.

Oertmanns Theorie, die hier für die Fälle eines unmittelbaren Rechtserwerbs des Dritten übernommen wurde, arbeitet – anders als die „wirtschaftliche“ Betrachtung der h.M. – mit anerkannten dogmatischen Begriffen, bleibt innerhalb des allgemeinen Vermögensrechts. Sie genügt der Forderung nach Methodenehrlichkeit: Sie gibt zu, daß der Zugriffswert des vom Dritten erworbenen Gegenstandes in keiner Gestalt zuvor im Vermögen des Versprechensempfängers war. Dort befand sich allenfalls ein Anspruch auf die Leistung des Versprechenden oder ihr Gegenwert. Beide sind mit dem Wert des vom Dritten empfangenen Leistungsgegenstandes oder dem

³⁴¹ Dafür spricht nicht nur der Wortlaut der Vorschrift. Die Pfändung des an den Dritten ausgezahlten Geldes (Sachpfändung) durch einen Pfändungsakt gegenüber dem Versprechensempfänger, der weder Eigentümer noch Besitzer ist, erscheint ausgeschlossen (§§ 808 f. ZPO).

³⁴² S. o. § 7 VII 2, 3.

Gegenstand selbst nicht identisch. Indem die h. M. diese Identität behauptet, nimmt sie den „Zugriffswerten“ jede Gegenständlichkeit und Individualität. Nur in dem Halbdunkel der „wirtschaftlichen Betrachtung“ fließen die Zugriffswerte von Anspruch und Leistung, Leistung und Gegenleistung ineinander. Die h. M. versucht diese gewaltsame Konstruktion ersichtlich nur deshalb, weil sie glaubt, anders eine Anfechtung der Gläubiger des Versprechensempfängers gegen den Dritten nicht begründen zu können, einer Umgehung der Anfechtungsvorschriften durch mittelbare Leistung aber vorbeugen will. Es genügt jedoch nachzuweisen, daß der vorliegende Erwerb des Dritten aus dem Vermögen des *Versprechenden* im Hinblick auf den Gläubigerschutz durch Anfechtung einem Erwerb des Dritten aus dem Vermögen des *Versprechensempfängers* gleichzustellen ist. Auch die *analoge* Anwendung des § 71 AnfG, § 371 KO vermag eine Anfechtung der Gläubiger oder des Konkursverwalters des Versprechensempfängers gegen den Dritten zu begründen.

Oertmanns Theorie kommt auch zu befriedigenderen Ergebnissen als die h. M.:

(1) Sie begründet zugleich mit der Anfechtung der Gläubiger oder des Konkursverwalters des Versprechensempfängers gegen den Dritten die Anfechtung der Gläubiger oder des Konkursverwalters des Versprechenden gegen den Versprechensempfänger.

(2) Die Bedeutung des schuldrechtlichen Deckungsverhältnisses für die anfechtbare Rechtshandlung als Grundlage der Gläubigeranfechtung wird richtig eingeschätzt: Die Gläubigeranfechtung betrifft die vollzogenen *Zuwendungen*. Sind diese erfolgt und ist eine Rückabwicklung aus anderen Gründen (§§ 812 ff. usw.) ausgeschlossen, darf es für die Anfechtung nicht darauf ankommen, wer die Leistung fordern konnte. Die Ausgestaltung des der Zuwendung zugrunde liegenden Verhältnisses zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger – Gefälligkeitsverhältnis oder Rechtsverhältnis; Schenkung oder Austauschvertrag; Handgeschäft oder Verpflichtungsgeschäft – ist für die Anfechtung nur insofern von Bedeutung, als sie zum Ausdruck bringt, daß die Leistung dem Versprechensempfänger „*gebührte*“ und ohne seine „*Verfügung*“ zugunsten des Dritten in *sein* Vermögen gelangt wäre. Das „*Gebühren*“ der Leistung kann auf verschiedene Weise begründet sein: in der Übernahme einer Gegenleistungspflicht durch den Versprechensempfänger, in der Gegenleistung selbst (auch ohne Verpflichtung), im Schenkungswillen des Versprechenden (dokumentiert durch ein wirksames Schenkungsversprechen oder den Vollzug der Zuwendung; § 518 I, II). Räumt der Versprechende dem Versprechensempfänger einen *Anspruch* auf die Leistung ein, so ist dies eine beweiskräftige, aber nicht erforderliche, rechtliche Verstärkung des ursprünglichen „*Gebührens*“ der Leistung. Macht man das Bestehen oder den Inhalt des Anfechtungsanspruchs von der Ausgestaltung des Deckungsverhältnisses abhängig, so knüpft man die Gläubigeranfechtung an sachfremde Voraussetzungen und ermöglicht ihre Umgehung durch Ausnutzen der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit.

(3) Die Anfechtung setzt nicht notwendig voraus, daß aus dem Vermögen des Versprechensempfängers eine Gegenleistung erbracht wurde. Sie kann daher gege-

ben sein auch bei einer Vorleistung des Versprechenden, einer Schenkung des Versprechenden an den Versprechensempfänger oder einer immateriellen Gegenleistung des Versprechensempfängers, etwa der Leistung von Arbeit. Niemand hat die Pflicht, im Interesse der Gläubiger zu arbeiten oder eine Schenkung anzunehmen und dadurch Vermögenswerte zu erwerben, die ihnen als Haftungsgegenstand dienen können. Wer jedoch gegen Entgelt arbeitet oder eine Schenkung annimmt, kann den ihm „gebührenden“ Wert nicht dadurch der Haftung entziehen, daß er es vermeidet, ihn „formell“ zu erwerben und direkt aus dem Vermögen des Leistenden einem Dritten zuwendet.

(4) Nach *Oertmanns* Theorie geht der Anfechtungsanspruch in allen Fällen mittelbarer Zuwendung auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Gegenstand (§ 7 I AnfG) oder dessen Übertragung auf den Träger der Masse (§ 37 I KO). Diese Auffassung gewährleistet einen lückenlosen Gläubigerschutz und ermöglicht eine einheitliche, im Ergebnis vorhersehbare Entscheidungspraxis.

(5) *Oertmanns* Theorie bietet für die Gläubigeranfechtung eine von der Wertung her überzeugende und praktikable Definition der *mittelbaren Zuwendung*. Diese gestattet eine sichere Abgrenzung atypischer Fälle mittelbarer Zuwendung von Fällen, in denen keine solche Zuwendung vorliegt. Als Beispiel möge der vom *OLG Celle* im *Urteil vom 13. 7. 1962*³⁴³ entschiedene Fall dienen. Der Schuldner schenkte seiner Tochter einen Lastkraftwagen. Er schloß den Kaufvertrag als gesetzlicher Vertreter der Tochter in deren Namen ab, vereinbarte Auslieferung des Wagens an ihn selbst (zu Eigentum der Tochter) und übernahm neben der Tochter die Kaufpreisschuld. Es war den Vertragsparteien klar, daß nur der Vater imstande war, die Kaufsumme zu leisten, und daß das Fahrzeug in seinem Geschäft ohne zeitliche Begrenzung genutzt werden sollte. Unter diesen Umständen, so führt das Gericht aus,³⁴⁴ müsse sich die Tochter so behandeln lassen, als ob ihr Vater (der Schuldner) einen eigenen Anspruch auf Lieferung des Lastkraftwagens erlangt und diesen (wirtschaftlich) aus seinem Vermögen fortgegeben hätte. Der Anfechtungsanspruch gehe daher auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Wagen (§ 7 I AnfG). Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Begründung folgt der h.M. in der Annahme, daß der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Lastkraftwagen einen Anspruch des Vaters auf Lieferung voraussetzte. Da ein solcher Anspruch dem Vater nicht zustand, wendet das Gericht § 7 I AnfG analog an und gibt der Anfechtungsklage statt, „als ob“ der Vater Gläubiger des Lieferungsanspruchs gewesen wäre. Es führt Umstände an, die den Vater „materiell“ als Käufer erscheinen lassen: daß er zur Zahlung der Kaufsumme verpflichtet war, sie zahlte, die Tochter zur Zahlung nicht imstande war und daß der Vater das Fahrzeug für sich nutzen wollte. Das Gericht sucht damit zu zeigen, daß die Tochter als Käuferin (Schuldnerin des Kaufpreises, Gläubigerin des Lieferungsanspruchs und Eigentümerin des Lastkraftwagens) nur vorgeschoben, daher anfechtungsrechtlich so zu behandeln war, wie wenn der Anspruch auf die Kaufsache dem Vater zugestanden

³⁴³ KTS 63, 50 (52f.).

³⁴⁴ AaO (S. 53).

hätte. Die Argumentation des Gerichts entspricht dem Rechtsgedanken des § 117 II BGB, der bei einem Scheingeschäft die Wirkungen des *verdeckten* Geschäfts eintreten läßt. Es wird jedoch nicht deutlich, worin die *Rechtsähnlichkeit* der vorliegenden Vertragsgestaltung und eines Kaufvertrages mit Lieferanspruch des Vaters eigentlich begründet sein sollte. Kam es darauf an, daß er das Fahrzeug nutzte? Warum sollten seine Gläubiger schlechter stehen, wenn die Tochter es nutzte, also auch die Nutzungen dem Vermögen des Vaters entzogen waren? Gab den Ausschlag, daß er den Kaufpreis schuldete und bezahlte? Daraus folgt freilich nicht, daß ihm ein Lieferungsanspruch zustehen mußte: Auch bei einem berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter ohne Leistungsanspruch des Versprechensempfängers (§ 335 BGB) und bei einem Handgeschäft hätte der Vater den Kaufpreis bezahlt und bezahlen müssen, ohne darum Gläubiger eines Gegenleistungsanspruchs zu werden. Bei derartigen Gestaltungen des Deckungsverhältnisses sollte auf die (formale) Voraussetzung eines Leistungsanspruchs des Schuldners verzichtet werden. Die Gläubigeranfechtung kann *unmittelbar* auf die Gesichtspunkte gestützt werden, die sie eigentlich tragen. Es ist unnötig, aus ihnen erst abzuleiten, daß der Anfechtungsgegner im konkreten Fall so behandelt werden kann, als hätte dem Schuldner ein Leistungsanspruch im Deckungsverhältnis zugestanden. Entscheidendes Kriterium ist, ob der Anspruch auf Lieferung des Wagens und dieser selbst dem Vater „gebührten“ und die Tochter daher den Wagen durch eine Verfügung (Erwerbsverzicht und Zuwendung) des Vaters auf Kosten seines Vermögens erwarb. Da der Vater im vorliegenden Fall die Pflicht zur Kaufpreiszahlung übernahm und zahlte, gebührte ihm die Gegenleistung. Er veranlaßte den Verkäufer, den Wagen an seiner Stelle der Tochter zu übereignen. Diese erwarb durch die „Verfügung“ des Vaters und auf dessen Kosten. Die Rechtsform, in die der Vater seine Zuwendung an die Tochter kleidete, insbesondere die schuldrechtliche Ausgestaltung seines Verhältnisses zum Verkäufer (Deckungsverhältnis) und des Verhältnisses des Verkäufers zur Tochter im einzelnen ist unerheblich. Die Anfechtung ist in demselben Umfang zuzulassen, wie wenn der Vater den Lastwagen selbst erworben und an die Tochter weiterveräußert hätte. Dies gilt jedoch nur, solange der Vater „*als Käufer*“ zahlt; denn nur dem Käufer „gebührt“ die Kaufsache. Anders wäre daher zu entscheiden gewesen, wenn der Vater aufgrund Schuldbeitritts, als Bürge oder ohne Verpflichtung als Drittleistender nach § 267 BGB die Kaufsumme gezahlt hätte. Aufgrund solcher Zahlungen „gebührte“ ihm die Kaufsache nicht. Er wäre dann auch für die Gläubigeranfechtung nicht so zu behandeln, als hätte er die Kaufsache erworben und an die Tochter (Käuferin) weiterveräußert. Er hätte ihr in diesen Fällen nur die Befreiung von der Kaufpreisschuld zugewendet. Diese wäre auch Gegenstand einer Gläubigeranfechtung. Freilich ist in solchen Fällen zu prüfen, ob nicht ein *Scheingeschäft* vorliegt, mit dem verdeckt werden soll, daß der Vater in Wahrheit als Käufer zahlt. Hier könnte der Umstand, daß der Vater den Lastkraftwagen dauernd nutzen wollte, von Bedeutung sein. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über das Scheingeschäft (§ 117 II BGB) erweisen sich somit als letzte Schranke gegen Umgehungen der Anfechtungsvorschriften.

Vierter Teil. Zusammenfassung

§ 13: Ansatz und Ergebnisse der Untersuchung

I. Der Ansatz

1. Der Leistungsbegriff

Die Untersuchung übernimmt den Leistungsbegriff der modernen Bereicherungslehre. *Leistung* ist danach eine bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Während jedoch nach der h.M. die *Zweckbestimmung* Parteien und Inhalt der Leistungskondition bestimmt, ist nach der hier vertretenen Ansicht die *Zuwendung* das dafür entscheidende Moment. Die *Zweckbestimmung* hat ausschließlich die Funktion, einen Bezug zwischen der Zuwendung und dem Zuwendungszweck, insbesondere zu einem Schuldverhältnis herzustellen. Die Zweckbestimmung setzt damit eine causa für die Zuwendung, hat aber mit der Bestimmung von Parteien und Inhalt der Kondition nichts zu tun.

Ansatz und Ergebnisse der vorliegenden Arbeit sind für jede Theorie der Zweckbestimmung und auch für die Theorie der realen Leistungsbewirkung gültig, die von der Erklärung einer Zweckbestimmung absieht. Aus Gründen der Darstellung wurde im Text davon ausgegangen, daß die Bezugsetzung zwischen der Zuwendung und dem Schuldverhältnis durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Zuwendenden an den Gläubiger zustande kommt.

2. Anweisung und Anweisungsleistung

Die Bezeichnung *Anweisung* faßt drei Elemente zusammen: die *Aufforderung* an den Angewiesenen zur Leistung an den Empfänger, seine *Ermächtigung* zur Leistung an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden und die *Tilgungsbestimmung* für die mittelbare Leistung des Anweisenden auf das Valutaverhältnis. Die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden enthält eine Zuwendung des Angewiesenen an den Anweisenden und eine Zuwendung des Anweisenden an den Empfänger. Die erste Zuwendung kommt analog dem In-sich-Geschäft (§ 181) zustande. Der Angewiesene handelt dabei zugleich für eigene Rechnung und als „Vertreter“ des Anweisenden. Das zweite Zuwendungsgeschäft schließt der Angewiesene als „Vertreter“ des Anweisenden mit dem Empfänger (analog §§ 164ff.). Der Angewiesene „vertritt“ also den Anweisenden im Dekungsverhältnis beim Leistungsempfang, im Valutaverhältnis bei der Leistung. Die Anweisungsleistung entfaltet eine doppelte Fremdwirkung gegenüber dem Anweisenden. Die Rechtsmacht, diese Fremdwirkung herbeizuführen, verleiht dem Ange-

wiesenen die Anweisung. Sie ist darin der Vollmacht rechtsähnlich. Die *Analogie zur Vollmacht und zum Vertretergeschäft (§§ 164 ff.)* bestimmt weithin die Rechtsfolgen der Anweisungsleistung.

Die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden bewirkt in dessen Person einen *dinglichen Durchgangserwerb*. Durch die Anweisungsleistung kommt demnach eine Zuwendung des Angewiesenen an den Anweisenden mit Tilgungsbestimmung auf das Deckungsverhältnis und eine Zuwendung des Anweisenden an den Empfänger mit Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis zustande (*Leistungskette*). Die Tilgungsbestimmung trifft der Angewiesene für seine Zuwendung an den Anweisenden selbst. Die Tilgungsbestimmung für die Zuwendung des Anweisenden an den Empfänger erklärt entweder der Angewiesene, durch die Anweisung ermächtigt, im eigenen Namen „für Rechnung“ des Anweisenden oder der Angewiesene gibt eine in der Anweisung enthaltene Erklärung des Anweisenden als Bote an den Empfänger weiter.

Diese Anweisungsleistung als Form der Rechtsübertragung des Angewiesenen an den Empfänger (mit Zwischenerwerb des Anweisenden) ist de lege lata bei allen Rechten möglich, außer beim Grundeigentum und anderen Rechten, deren Eintragung in ein öffentliches Register konstitutiv für den Rechtserwerb ist.

II. Ergebnisse

Die oben dargestellte Auffassung (*Durchgangstheorie, Theorie der Leistungskette*) löst die Anweisungsleistung in der Rechtsfolge in zwei Leistungen auf: Es leistet der Angewiesene an den Anweisenden mit Bezug auf das Deckungsverhältnis, der Anweisende an den Empfänger mit Bezug auf das Valutaverhältnis. In beiden Kausalverhältnissen leistet der Schuldner unmittelbar an den Gläubiger. Damit löst sich das Dreipersonenverhältnis der Anweisungsleistung in zwei Zweipersonenverhältnisse auf, die ohne Besonderheiten abgewickelt werden können. Gegenüber einer ausgeführten Leistungskette bleiben jedoch die Vorteile des abgekürzten Vollzugs der Leistungen durch ein Geschäft zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger.

Zu § 4: Die Kondiktion der Anweisungsleistung

1. Grundlagen

Durch die *Leistung* übernehmen die Parteien die Risiken der Rückabwicklung (Kondiktionsrisiko, Durchsetzungsrisiko, Verteidigungsrisiko, Sicherungsrisiko). Die *gegenseitige Abwicklung innerhalb der Kausalverhältnisse* bietet allen Beteiligten die größtmögliche Sicherung gegen diese Risiken. Daher sind die Leistungsgeschäfte, wenn sie – wie in der Regel – auslegungsbedürftig sind, so auszulegen, daß sie zu einer solchen Abwicklung führen. Denn bei der *Auslegung* sind die Rückabwicklungsinteressen der Parteien gleichwertig neben dem Erfüllungsinteresse zu berücksichtigen. *Nach dieser Auffassung entscheidet die Leistung zugleich über Par-*

teien und Inhalt der Leistungskondition. Die Auslegung des Leistungsgeschäfts geht über den tatsächlichen Willen der Parteien hinaus (ergänzende Auslegung) und berücksichtigt gesetzliche Wertungen, doch werden die Grenzen einer autonomen Regelung der Parteien nicht überschritten.

2. Die Kondition im einzelnen

Durch die Anweisungsleistung kommt im Sinne des § 812 I 1, 1. Alt. eine Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden, des Anweisenden an den Empfänger zustande. Bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses oder Valutaverhältnisses und beim Doppelmangel der Kausalverhältnisse kondiziert der Angewiesene vom Anweisenden, der Anweisende vom Empfänger. Die Kondition des Angewiesenen gegen den Anweisenden ist beim Mangel des Deckungsverhältnisses wie beim Doppelmangel *primär* auf Herausgabe des *Leistungsgegenstandes* gerichtet, praktisch freilich in der Regel auf Wertersatz (§ 818 II), da der Anweisende den Leistungsgegenstand nicht herausgeben kann. Die *Bereicherung des Anweisenden* besteht *beim Doppelmangel* in seiner konkreten Rechtsstellung im Valutaverhältnis (Kondition gegen den Empfänger, Gegenleistung des Empfängers, Belastung mit einer Kondition des Empfängers), deren Wert zu schätzen und zu ersetzen ist (§ 818 II). *Vermögensverluste des Anweisenden* durch die Weiterveräußerung des Gegenstandes an den Empfänger führen zu einer Entreicherung und können nach § 818 III die Kondition des Angewiesenen ausschließen, sofern nicht der Anweisende dem Angewiesenen verschärft haftet (§§ 818 IV, 819 I, 820) oder im Deckungsverhältnis die Saldotheorie zur Anwendung kommt. Dasselbe gilt grundsätzlich in den Fällen, in denen eine Kondition des Anweisenden gegen den Empfänger nach §§ 814, 815, 817 S. 2 ausgeschlossen ist, soweit sich daraus eine Entreicherung des Anweisenden ergibt. Auf den Verlust seiner Kondition nach § 817 S. 2 kann sich der Anweisende gegenüber dem Angewiesenen jedoch nicht berufen: *Nemo turpitudinem suam allegans auditur*.

Bei unentgeltlichem Valutaverhältnis ist § 822 *direkt* anzuwenden.

Zu § 5: Das Nichtzustandekommen der Anweisungsleistung

1. Der Mangel der Anweisung

Ein *Mangel der Anweisung* ist gegeben, wenn es an einer Anweisung überhaupt fehlt, der Anweisende geschäftsunfähig oder nicht Verfügungsberechtigt ist, für ihn ein Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt, ein wirksamer Widerruf oder eine Anfechtung erfolgte, die Anweisung gefälscht oder verfälscht wurde, der Angewiesene versehentlich zuviel, zweimal oder an den falschen Adressaten leistet. Es fehlt hingegen nur an einer *causa* der Leistung, nicht an einer wirksamen Anweisung, wenn eine Bank ohne ausreichende Deckung oder trotz Pfändung des Kontos des Anweisenden leistet.

2. Rechtsfolgen des Mangels

Bei einem Mangel der Anweisung kann eine Fremdwirkung der Anweisungsleistung gegenüber dem Anweisenden (Durchgangserwerb) ebensowenig eintreten, wie ein Handeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht gegenüber dem Vertretenen wirkt. Doch ist eine *Genehmigung der Anweisungsleistung analog §§ 177, 178* möglich. *Wird sie verweigert, haftet der Angewiesene analog § 179*. Kennt er den Mangel der Anweisung, so kommt eine unmittelbare Zuwendung an den Empfänger zustande (analog § 179 I). Da eine wirksame Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis fehlt und die Zuwendung zur Erfüllung im Deckungsverhältnis nicht geeignet ist, steht dem „Angewiesenen“ die Leistungskondition gegen den Empfänger zu. Dieser kann Verluste durch eine etwaige Gegenleistung an den „Anweisenden“ im Valutaverhältnis oder anderen Vertrauensschaden nach § 818 III als Entreicherung geltend machen (konkreter Vertrauensschutz). Hat der „Angewiesene“ den Anweisungsmangel *nicht* gekannt, so ist seine Zuwendung unwirksam. Ihm steht die Vindikation oder ein Stornorecht zu, er muß jedoch dem Empfänger den Vertrauensschaden ersetzen (analog § 179 II). Der „Angewiesene“ haftet dem Empfänger *nicht*, wenn dieser das Fehlen der Anweisung kannte oder kennen mußte (analog § 179 III 1). Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte „Angewiesene“ haftet nur, wenn er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat (analog § 179 III 2). Bei der *indirekten Anweisung* haftet der „Angewiesene“ dem Empfänger *nicht* analog § 179 II (teleologische Reduktion). Im Falle der „*Überschreitung*“ der *Anweisung* – der Angewiesene leistet zuviel, zweimal oder an den falschen Adressaten – gilt eine Besonderheit: § 179 ist auf das ganze Geschäft anzuwenden, wenn es unteilbar ist. Anderenfalls ist § 139 entsprechend anwendbar.

3. Der Vertrauensschutz für den Empfänger

Im Rahmen des § 179 I, II wird das Vertrauen des Empfängers über § 818 III bzw. einen Ersatzanspruch auf das *negative Interesse* geschützt. *Einen darüber hinausgehenden Vertrauensschutz gibt es grundsätzlich nicht*. Insbesondere wirkt die Leistung des „Angewiesenen“ bei Mängeln der Anweisung nicht als Drittleistung auf das Valutaverhältnis nach § 267. Ein Recht des „Angewiesenen“ zur nachträglichen Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis (Wahlrecht), sei es mit Wirkung *ex tunc* oder *ex nunc*, ist abzulehnen.

Ein *positiver Vertrauensschutz* wird nur in wenigen Ausnahmefällen gewährt: Sie ergeben sich aufgrund der Vollmachtsähnlichkeit der Anweisung aus einer *Analogie zu §§ 170ff*. Die Anweisungswirkung tritt als Rechtsscheinswirkung trotz des Mangels der rechtsgeschäftlichen Anweisung ein: beim Widerruf der externen (indirekten) Anweisung durch Erklärung gegenüber dem Angewiesenen (analog § 170), beim Widerruf der Anweisung nach Kundgabe gegenüber dem Empfänger (analog § 171), wenn der Empfänger auf eine vom Anweisenden ausgestellte Anweisungsurkunde vertraut (analog § 172) und in den der *Duldungs- und Anscheinsvollmacht*

analogen Fällen. Die Haftung des „Anweisenden“ und damit die Anweisungswirkung tritt *nicht* ein, wenn der Empfänger den Mangel der Anweisung kennt oder kennen muß (analog § 173). Die *Anweisungswirkung* kraft Rechtsscheins (analog §§ 170 ff.) besteht *nur im Verhältnis des Empfängers zum „Anweisenden“ und „Angewiesenen“*. Hier ist eine Zuwendung des „Anweisenden“ an den Empfänger mit wirksamer Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis anzunehmen. Im Verhältnis des „Angewiesenen“ zum „Anweisenden“ hingegen ist von einer unmittelbaren Zuwendung des „Angewiesenen“ an den Empfänger auszugehen. Da diese dem „Anweisenden“ die Befreiung von seiner Valutaschuld oder, bei einem Mangel des Valutaverhältnisses, die Leistungskondition gegen den Empfänger verschafft, steht dem „Angewiesenen“ die *Rückgriffskondition* gegen den „Anweisenden“ zu. Eine Durchgriffskondition des „Angewiesenen“ gegen den Empfänger ist ausgeschlossen. Der Erfüllungsanspruch des „Anweisenden“ im Deckungsverhältnis bleibt bestehen.

Bei *Fälschung oder Abhandenkommen der Anweisung* gibt es einen positiven Vertrauensschutz *nicht*; ebensowenig bei der Anweisung des *Geschäftsunfähigen*.

4. Sonderfälle

a) Die Anweisung des beschränkt Geschäftsfähigen

Die Anweisung des beschränkt Geschäftsfähigen ist nach § 107 wirksam, da er durch die Anweisungsleistung seine Forderung im Deckungsverhältnis nicht verliert, jedoch das Eigentum am Leistungsgegenstand und damit die Vindikation gegen den Empfänger erwirbt, die Anweisung ihm also ausschließlich rechtlichen Vorteil bringt.

b) Die Anweisung im Konkurs

Die *vor Konkurseröffnung* erteilte Anweisung behält ihre Gültigkeit. Leistet der Angewiesene *in Kenntnis* des Konkurses, wird er nach § 8 I KO nicht von seiner Schuld gegenüber dem Anweisenden (Gemeinschuldner) befreit, da der Gegenstand der Anweisungsleistung in der Regel nicht zur Masse gezogen werden kann. Ebendeshalb wird der durch das Vermögen des Anweisenden gehende Leistungsgegenstand nicht Bestandteil der Masse, ist konkursfreier Neuerwerb. Da der Anweisende also ohne die Beschränkungen der §§ 6 ff. KO über ihn verfügen kann, erwirbt und behält der Empfänger den Gegenstand. Ist hingegen der Angewiesene hinsichtlich des Konkurses *gutgläubig*, wirkt die Anweisungsleistung im Deckungsverhältnis Erfüllung (§ 8 II, III KO). Ebendarum tritt der Leistungsgegenstand als Haftungsobjekt an die Stelle der erlöschenden Forderung des Gemeinschuldners und wird Bestandteil der Masse. Die nach der *Durchgangstheorie* anzunehmende Weiterveräußerung des Leistungsgegenstandes durch den Anweisenden (Gemeinschuldner) ist nach § 7 KO unwirksam, dem Konkursverwalter steht die Vindikation gegen den Empfänger zu. Eine *im Konkurs* vom Gemeinschuldner erteilte Anweisung ist un-

wirksam. Doch ist § 8 II, III KO analog anzuwenden, wenn der „Angewiesene“ ohne Kenntnis von der Eröffnung des Konkurses eine solche Anweisung vollzieht.

5. Die Irrtumsfälle

Muß der *Empfänger* nach den ihm zurechenbaren Umständen eine Leistung des „Angewiesenen“ „für Rechnung“ des „Anweisenden“ annehmen, hat die Leistung des „Angewiesenen“ jedoch nach dessen Willen und den ihm zurechenbaren Umständen die Bedeutung einer Leistung „für eigene Rechnung“ (Dissens i. w. S.), so sind das Zuwendungsgeschäft und die Zweckbestimmung unwirksam, der Leistende hat jedoch dem Empfänger den Vertrauensschaden zu ersetzen (analog §§ 118, 122).

Zu § 6: Probleme der Giroüberweisung

Der Überweisungsauftrag ist unabhängig vom Bestehen des Girovertrags wirksam (abstrakt). Dies gilt auch im Konkurs: Der Auftrag bleibt trotz des Erlöschens des Girovertrags (§ 23 II KO) wirksam. „Mittelbare Mängel“ des Überweisungsauftrags gibt es nicht.

Bei Leistung der Bank trotz wirksamen Widerrufs oder wirksamer Anfechtung des Überweisungsauftrags haftet der Bankkunde („Anweisende“) analog §§ 171, 172: Im Verhältnis dem Empfänger zum Bankkunden („Anweisenden“) und zur Bank („Angewiesenen“) tritt die Anweisungswirkung ein.

Bei Geschäftsunfähigkeit des Kunden („Anweisenden“) ist der Überweisungsauftrag nichtig. Der Bank steht die Durchgriffskondition gegen den Empfänger zu. Sie hat sich zunächst an diesen zu halten. Nur soweit sie mit dem Anspruch gegen ihn ausfällt, steht ihr aus Ziff. 23 der AGB der Privatbanken ein Regreßanspruch gegen den Kunden zu. Ist aufgrund der Geschäftsunfähigkeit des Kunden bereits der Girovertrag unwirksam, kann die Bank gegenüber der Kondition des Kunden wegen seiner Einlagen nach § 818 III in Anrechnung bringen, was sie vom Empfänger nicht zu erlangen vermag.

Zu § 7: Die Bedeutung der Anweisungsleistung über das Bereicherungsrecht hinaus

1. Dingliche Rechtsfolgen der Anweisungsleistung

Bei Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des *Angewiesenen* erwirbt weder der Empfänger Eigentum noch der Anweisende Durchgangseigentum. Bei Geschäftsunfähigkeit des *Empfängers* wird der Anweisende Eigentümer und erwirbt die Vindikation gegen den Empfänger. Die Leistungspflicht des Angewiesenen gegenüber dem Anweisenden im Deckungsverhältnis wird erfüllt. Der *beschränkt geschäftsfähige Empfänger* erwirbt den Leistungsgegenstand (§ 107), die volle Anweisungswirkung tritt ein. Da mangels Empfangszuständigkeit des Empfängers jedoch dessen Forderung gegen den Anweisenden bestehen bleibt, kann der

Anweisende den Leistungsgegenstand vom Empfänger kondizieren. Leistungsanspruch und Kondition sind nach § 273 verknüpft.

2. Die Erfüllung

Da die Anweisungsleistung eine Zuwendung des Angewiesenen an den Anweisenden mit Tilgungsbestimmung auf das Deckungsverhältnis und zugleich eine Zuwendung des Anweisenden an den Empfänger mit Tilgungsbestimmung auf das Valutaverhältnis bewirkt, leistet in beiden Kausalverhältnissen der Schuldner an den Gläubiger. Die Erfüllung tritt nach § 362 I ein.

3. Der Rücktritt

Der *Anweisende* hat im Deckungsverhältnis i. d. R. kein Rücktrittsrecht, da er zur Herausgabe des Leistungsgegenstandes außerstande ist (§ 351) oder in der Person des Empfängers die Voraussetzungen der §§ 351 oder 352 eingetreten sind (§ 353). Tritt im Deckungsverhältnis der *Angewiesene* zurück, so hat der Anweisende den Leistungsgegenstand zurückzuerstatten oder, falls er zu dessen Herausgabe außerstande ist, den Wert des Gegenstandes zu ersetzen.

4. Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326

Da im Sinne des Erfüllungsrechts der Angewiesene den Gegenstand an den Anweisenden leistet, der Anweisende den Gegenstand an den Empfänger weitergibt, kann nach vollzogener Anweisungsleistung der Angewiesene im Deckungsverhältnis, der Anweisende im Valutaverhältnis Schadensersatz nach der *Austauschtheorie* verlangen.

5. Die Mängelgewährleistung

Die Gewährleistung aufgrund der Anweisungsleistung findet innerhalb der Kausalverhältnisse, also wie im Zweipersonenverhältnis statt. Ansprüche auf Nachbesserung oder Mängelbeseitigung stehen im Deckungsverhältnis dem Anweisenden gegen den Angewiesenen, im Valutaverhältnis dem Empfänger gegen den Anweisenden zu. Dasselbe gilt für den Anspruch auf Wandelung oder Minderung. Das Wandelungsrecht ist jedoch i. d. R., wie das Rücktrittsrecht (s. oben unter 3.), nach §§ 351 ff. ausgeschlossen. Nach §§ 463, 635 haftet der Angewiesene dem Anweisenden im Deckungsverhältnis, der Anweisende dem Empfänger im Valutaverhältnis auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Den „großen Schadensersatz“ kann der Anweisende jedoch nur verlangen, wenn er imstande ist, den Leistungsgegenstand zur Verfügung zu stellen. Beim „großen Schadensersatz“ im Valutaverhältnis erhält der Anweisende den Leistungsgegenstand „zurück“ und muß den vollen Wert der mangelfreien Leistung ersetzen. Auch der Mangelfolgeschaden ist innerhalb der Kausalverhältnisse zu ersetzen.

6. Die Gläubigeranfechtung

Auch für die Gläubigeranfechtung ist davon auszugehen, daß durch die Anweisungsleistung der Angewiesene den Leistungsgegenstand dem Anweisenden, dieser ihn dem Empfänger zuwendet. Daher richtet sich der Anfechtungsanspruch der Gläubiger oder des Konkursverwalters des Anweisenden (Schuldners) gegen den Empfänger (Anfechtungsgegner), der Anfechtungsanspruch der Gläubiger oder des Konkursverwalters des Angewiesenen (Schuldners) gegen den Anweisenden (Anfechtungsgegner). Der Anspruch geht *stets* primär auf Duldung der Zwangsvollstreckung (§ 7 I AnfG) oder Übertragung des Gegenstandes auf den Konkursverwalter (§ 37 I KO). Falls der Anweisende zur „Rückgewähr“ des Gegenstandes nicht imstande ist, hat er Wertersatz zu leisten. Der Inhalt des Anfechtungsanspruchs ist von der Gestaltung der schuldrechtlichen Kausalverhältnisse unabhängig. Danach ist Anfechtung auch möglich, wenn der Anweisende ein Darlehn aufnimmt und es „für seine Rechnung“ an den Gläubiger auszahlen läßt, oder bei einer Schenkung des Angewiesenen an den Anweisenden durch Zuwendung an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden. Auch auf eine Gegenleistung des Anweisenden an den Angewiesenen kommt es nicht an.

Zu § 8: Die angenommene Anweisung

Die Forderung aus der Annahme (Akzeptforderung) wird durch Vertrag des Angewiesenen mit dem Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden bestellt, d.h. die Bestellung der Forderung ist eine Anweisungsleistung mit der Wirkung, daß zunächst der Anweisende und – mit der Verzögerung einer „juristischen Sekunde“ – der Empfänger von ihm erwirbt. Entsprechend kondiziert bei einem Mangel des Valutaverhältnisses der Anweisende die Akzeptforderung vom Empfänger. Bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses kondiziert der Angewiesene die Forderung vom Anweisenden, d.h. der Angewiesene kann vom Anweisenden *Befreiung* von der Akzeptschuld verlangen. Zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden, dem Anweisenden und dem Empfänger vollzieht sich auch die Rückabwicklung nach §§ 346 ff. Ebenso erfolgt die Gläubigeranfechtung wegen der Zuwendung der Akzeptforderung wie bei einer vom Angewiesenen über den Anweisenden zum Empfänger führenden Leistungskette.

Es ist Inhalt der Akzeptschuld, daß der Angewiesene eine Anweisungsleistung erbringt: Er schuldet eine Zuwendung an den Empfänger „für Rechnung“ des Anweisenden. Der Angewiesene erfüllt seine Leistungspflicht also gerade dadurch, daß er dem Empfänger (unmittelbar) nichts zuwendet, sondern eine Zuwendung an den Anweisenden und eine Zuwendung des Anweisenden an den Empfänger vollzieht. Damit ist eine Durchgriffskondition des Angewiesenen gegen den Empfänger ausgeschlossen und auch für die Leistung zur Erfüllung der Akzeptschuld die Kondition innerhalb der Kausalverhältnisse gegeben. Die damit gegebene Struktur der Leistungskette bestimmt auch die übrigen Leistungsfolgen.

Die Bereicherungseinrede (§ 821) gegen die Akzeptforderung ist grundsätzlich ausgeschlossen (§ 784 I). Sie ist dem Angewiesenen jedoch in den Fällen zuzugestehen, in denen er das Akzept und die darauf erfolgte Leistung vom Empfänger kondizieren könnte, also in den Fällen des § 822 und der Analogie zu § 179 I (s. o. 2. zu § 5). Hinzu kommt bei Spiel- und Wetschulden im Deckungsverhältnis oder Valutaverhältnis die Analogie zu § 762 II.

Zu § 11: Der einfache (ermächtigende) Vertrag zugunsten Dritter

Die Leistung des Versprechenden beim einfachen Vertrag zugunsten Dritter ist eine echte *Anweisungsleistung*. Es ergeben sich dieselben Leistungsfolgen wie in den Anweisungsfällen.

Zu § 12: Der berechtigende Vertrag zugunsten Dritter

1. Der Rechtserwerb des Dritten

Beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter erwirbt der Dritte typischerweise *durch abgeleiteten Rechtserwerb* aus dem Vermögen des *Versprechensempfängers*. Sein Anspruch gegen den Versprechenden richtet sich wie die Akzeptforderung auf eine Anweisungsleistung. Leistet der Versprechende auf den Anspruch des Dritten aus § 328 „für Rechnung“ des Versprechensempfängers, so tritt Durchgangserwerb des Versprechensempfängers ein. Ein Gewohnheitsrecht oder eine sonstige rechtliche Bindung zugunsten eines *unmittelbaren* Erwerbs, d. h. originären Erwerbs des Dritten vom Versprechenden, besteht *nicht*.

Daraus ergeben sich einige naheliegende Konsequenzen: (a) Bei nachträglicher Begünstigung des Dritten erlöschen die für den Anspruch des Versprechensempfängers bestehenden Sicherungsrechte nicht. Sie sichern nunmehr das Recht des Dritten. (b) Ein Gehaltsanspruch, der im Wege des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter einem anderen ursprünglich zugewendet wurde, behält seine arbeitsrechtliche Natur und ist vor den Arbeitsgerichten einzuklagen (§ 2 IV ArbGG). (c) Die Rechtskraft eines vom Versprechensempfänger gegen den Versprechenden erstrittenen Urteils ist auf den Dritten zu erstrecken, wenn dieser den Anspruch des Versprechensempfängers nach Rechtshängigkeit durch nachträgliche Begünstigung gem. § 328 erwirbt (§§ 265, 325 ZPO). (d) Erwirbt der Dritte das Recht mit dem Tod des Versprechensempfängers (§§ 328, 331 I) und geht zugleich auf den Erben der Anspruch nach § 335 über, so ist der Dritte, nicht der Erbe Partei eines anhängigen Verfahrens über den Anspruch des Versprechensempfängers und nach § 239 ZPO zur Aufnahme berechtigt.

Die Verleihung der Forderung an den Dritten nach § 328 ist eine Zuwendung. Da sie typischerweise „für Rechnung“ des Versprechensempfängers erfolgt, gilt für die Leistungsfolgen dasselbe wie für jede Forderungszuwendung durch Anweisungsleistung.

2. Die Leistung des Versprechenden zur Erfüllung des Anspruchs aus § 328

Auch die *Leistung des Versprechenden*, die zur Erfüllung des Anspruchs des Dritten (§ 328), des Anspruchs des Versprechensempfängers im Deckungsverhältnis (§ 335) und des Anspruchs des Dritten gegen den Versprechensempfänger im Valutaverhältnis führt, ist typischerweise eine *Anweisungsleistung* mit allen Konsequenzen für die Leistungsabwicklung.

a) Der Bereicherungsausgleich

Bei Mängeln des Deckungsverhältnisses sind eine direkte Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten und ein Wahlrecht des Versprechenden zwischen Konditionen gegen den Versprechensempfänger und den Dritten abzulehnen. Abzulehnen ist auch für den Doppelmangel das Zusammentreffen zweier Konditionen, des Versprechensempfängers und des Versprechenden, gegen den Dritten. Es kondiziert vielmehr bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses der Versprechende vom Versprechensempfänger, bei einem Mangel des Valutaverhältnisses der Versprechensempfänger vom Dritten. Dasselbe gilt beim Doppelmangel der Kausalverhältnisse. § 822 ist *direkt* anzuwenden. Dem Vorschlag einer subsidiären Durchgriffskondiktion des Versprechenden gegen den Dritten, für den Fall, daß seine Kondiktion gegen den Versprechensempfänger durch dessen Konkurs entwertet wird, ist hingegen *nicht* zuzustimmen. Bei Nichtbestehen des Anspruchs aus § 328, also einem bloßen Mangel des Vollzugsverhältnisses, findet *keine* Kondiktion statt.

Diese Konzeption gilt auch für die von der h.M. sogenannten „Versorgungsverträge“, und den Vertrag, bei dem allein der Dritte forderungsberechtigt ist, sowie den Fall, in dem sich das Valutaverhältnis in der Forderungszuwendung an den Dritten erschöpft.

b) Rücktritt und Wandelung

Bei Rücktritt oder Wandelung erfolgt die Rückabwicklung innerhalb des betroffenen Kausalverhältnisses. Den Gegenstand der Anweisungsleistung des Versprechenden hat der Dritte dem Versprechensempfänger, der Versprechensempfänger dem Versprechenden rückzuerstatten. Deshalb kann der Rücktritt des Versprechensempfängers im Deckungsverhältnis die Rechtsstellung des Dritten nach Erhalt der Leistung nicht mehr beeinträchtigen. Dies gestattet es, dem Versprechensempfänger nach diesem Zeitpunkt ein unbeschränktes Rücktrittsrecht ohne Mitwirkung des Dritten zu geben. Im übrigen gelten die Regeln für Rücktritt und Wandelung bei der Anweisungsleistung.

c) Die Gläubiger- und Konkursanfechtung

Da typischerweise sowohl die Rechtsverleihung an den Dritten als auch die Leistung des Versprechenden auf den Anspruch des Dritten (§ 328) eine Anweisungs-

leistung darstellt, findet die Anfechtung in beiden Fällen zwischen den Gläubigern oder dem Konkursverwalter des Versprechenden und dem Versprechensempfänger, den Gläubigern oder dem Konkursverwalter des Versprechensempfängers und dem Dritten statt.

d) Zur Abgrenzung: die atypische mittelbare Zuwendung

Es widerspricht der typischen Interessenlage der Parteien im Dreipersonenverhältnis, ist jedoch weder bei der Anweisung noch beim einfachen oder berechtigten Vertrag zugunsten Dritter ausgeschlossen, daß der Anweisende (Versprechensempfänger) den Angewiesenen (Versprechenden) zu einer Eigenleistung an den Empfänger (Dritten) veranlaßt und der Angewiesene (Versprechende) „für eigene Rechnung“ an den Empfänger (Dritten) leistet. Dann treten alle Leistungsfolgen, die der Parteidisposition unterliegen, also alle dinglichen und schuldrechtlichen Rechtsfolgen, zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger ein. Eine Analogie zur Leistungskette wäre unzulässig, weil sie sich über den erklärten Willen der Parteien hinwegsetzen würde. Die *Gläubigeranfechtung* jedoch findet auch in den atypischen Fällen mittelbarer Zuwendungen, wenn der Angewiesene an den Empfänger „für eigene „Rechnung“ leistet, wie bei einer über den Anweisenden führenden *Leistungskette* statt. Vom Regelungszweck der Gläubigeranfechtung her ist eine Rechtsähnlichkeit der Fälle gegeben. Die analoge Anwendung der Anfechtungsvorschriften unterliegt nicht der Disposition der Parteien. Die Zuwendung des Angewiesenen an den Empfänger auf Veranlassung des Anweisenden, dem nach dem Deckungsverhältnis die Zuwendung „gebührt“, ist für die Gläubigeranfechtung rechtsähnlich einer Zuwendung des Angewiesenen an den *Anweisenden*. Veranlaßt der Anweisende den Angewiesenen, dem Empfänger eine Zuwendung zu machen und führt der Angewiesene die Weisung aus, so entspricht dies einer Zuwendung des *Anweisenden* an den Empfänger aus *seinem* Vermögen, wenn die Zuwendung des Angewiesenen nach dem Deckungsverhältnis dem Anweisenden „gebührt“. Die Zuwendung *gebührt* dem Anweisenden, wenn er im Deckungsverhältnis zu ihrer Rückerstattung (vgl. § 607 I) oder zu einer Gegenleistung verpflichtet ist oder, auch ohne Verpflichtung, die Zuwendung rückerstattet oder vergütet hat. Es darf für den Schutz der Gläubiger des Angewiesenen und des Anweisenden keinen Unterschied machen, ob der Anweisende den Zuwendungsgegenstand zunächst selbst erwirbt, dann an den Empfänger weitergibt oder ob er über den ihm „angefallenen“ Gegenstand in der Weise verfügt, daß der Empfänger den Gegenstand unmittelbar aus dem Vermögen des Angewiesenen erwirbt.

Voraussetzung ist jedoch, daß der Anweisende sich gegenüber dem Angewiesenen zur Rückerstattung der Leistung oder zur Gegenleistung als *Vertragspartei* verpflichtet oder in dieser Parteirolle die Leistung erbringt. Nur dann „gebührt“ ihm die Leistung des Angewiesenen. Hat aufgrund eines Kaufvertrags der Angewiesene die Kaufsache dem Empfänger übereignet und hat der „Anweisende“ den Kaufpreis bezahlt, so hat der Empfänger die Kaufsache, auch im Sinne des Anfechtungsrechts, *nicht* auf Kosten des „Anweisenden“ erworben, wenn dieser als Bürge, aufgrund

eines Schuldbeitritts oder als Drittleistender nach § 267 bezahlt hat. Dann erwirbt der Empfänger auf Kosten des Zahlenden nicht die Kaufsache, sondern die Befreiung von der Kaufpreisschuld. Ihr Wert ist, wenn die Gläubiger oder der Konkursverwalter des Zahlenden anfechten, zurückzuerstatten. Darüber freilich, ob der Zahlende als Vertragspartei oder als Interzedent leistet, und damit über Inhalt und Richtung des Anfechtungsanspruchs entscheidet nicht die von den Parteien gewählte äußere Gestaltung des Rechtsgeschäfts, sondern das von ihnen wirklich Gewollte, das aus den Umständen zu erschließen ist (§ 117 II). Die hier vertretene, von *Oertmann* begründete, Theorie der Anfechtung mittelbarer Zuwendungen bietet in Verbindung mit der Regelung des BGB über das Scheingeschäft einen angemessenen Schutz gegen Umgehungen der Anfechtungsgesetze.

III. Zusammenfassung

Die Konstruktion der Anweisungsleistung nach dem Modell des *Durchgangserwerbs* und des *Vertretergeschäfts analog §§ 164ff.* hat sich im Zuge der Untersuchung an vielen Problemen bewährt. Die Ergebnisse rechtfertigen den Ansatz. Mit der Alternative einer Leistung des Angewiesenen „für eigene Rechnung“ oder „für Rechnung“ des Anweisenden wurde eine Grundstruktur der Leistung im Dreipersonenverhältnis herausgearbeitet. Zugleich wurden die Wertungskriterien entfaltet, nach denen konkrete Leistungen oder Leistungstypen in diese Koordinaten einzuordnen sind. Dies geschieht im Rahmen der Auslegung des Leistungsgeschäfts. Die hier vorgelegte Konzeption der Leistung bei Anweisung und Vertrag zugunsten Dritter könnte die Grundlage einer umfassenden Theorie der Leistung im Dreipersonenverhältnis werden.

Literaturverzeichnis

- Athenäum-Zivilrecht*, Bd. 1: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts (mit Beiträgen von V. Emmerich, W. Gerhardt, W. Grunsky, D. Huhn, Eike Schmidt, O. Tempel, M. Wolf), Frankfurt a.M. 1972.
- Bähr, O.*: Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, München und Leipzig 1883.
- Über die Verträge zugunsten Dritter und über die Schuldübernahme, AcP 67 (1884), 157ff.
- Bälz, U.*: Eingriffsschutz und Opfersicherung im System des Zivilrechts, Bd. 1, Tübingen 1970.
- Barnstedt, E.*: Das Merkmal der Rechtsgrundlosigkeit in der ungerechtfertigten Bereicherung, Göttinger Diss., Berlin 1940
- Bartetzko, H.*: Die rechtliche Beurteilung der Lebensversicherungsverträge zugunsten eines Dritten im Verhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Dritten, Diss. Rostock 1906.
- Batsch, K. L.*: Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe in den Fällen unbefugten Gebrauchs bzw. Nutzens von Gegenständen, Marburg 1968.
- Kraftfahrzeugvermietung an Minderjährige, NJW 69, 1743ff.
- Baumbach, A./Duden, K.*: Handelgesetzbuch, 23. Aufl., München 1978.
- Baur, F.*: Lehrbuch des Sachenrechts, 10. Aufl., München 1978.
- Baur, F./Wolf, M.*: Bereicherungsansprüche bei irrtümlicher Leistung auf fremde Schuld – Das Wegnahmerecht des Nichtbesitzers – BGHZ 40, 272, JuS 66, 393ff.
- Becher, K.*: Die rechtlichen und sozialen Probleme des 1500 Mark-Vertrages, Berlin 1914.
- Berg, H.*: Bereicherung durch Leistung und in sonstiger Weise in den Fällen des § 951 Abs. 1 BGB, AcP 160 (1961), 505ff.
- Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15. 10. 1961 (NJW 61, 2252), NJW 62, 101f.
- Bereicherungsanspruch bei Leistung an einen Dritten – BGHZ 36, 30, JuS 64, 137ff.
- Berges, A. M.*: Die Anfechtung mittelbarer Zuwendungen im Konkurs, KTS 61, 65ff.
- Beseler, Georg*: Die Lehre von den Erbverträgen, 3 Bd., Göttingen 1835–1840.
- Beseler, Gerhard*: Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, 5 Bd., 1910–1931.
- Beuthien, V.*: Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969.
- Zuwendender und Leistender, JZ 68, 323ff.
- Beuthien, V./Weber, H.*: Ungerechtfertigte Bereicherung und Aufwendungsersatz, München 1976.
- Bienert, G.*: Anscheinsvollmacht und Duldungsvollmacht, Marburg 1975.
- Blomeyer, A.*: Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1969.
- Zivilprozeßrecht – Vollstreckungsverfahren, Berlin–Heidelberg–New York 1975.
- Böhle-Stamschräder, A.*: Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, 4. Aufl., München und Berlin 1975.
- Konkursordnung, 12. Aufl., München 1976.
- Bornemann, F.*: Zivilrecht im Querschnitt, Bd. 1: Der Leistungsbegriff im Zivilrecht, Heidelberg 1970.
- Boruttau, E. P./Klein, O.*: Grunderwerbsteuergesetz, 9. Aufl., München 1970.
- Brcher, B.*: Die Interessenconflicte bezüglich der Lebensversicherungssumme, AllgÖsterr-GerZ 53 (1902), 303ff.
- Brox, H.*: Erbrecht, 5. Aufl., Köln–Berlin–Bonn–München 1977.
- Bund, E.*: Untersuchungen zur Methode Julians, Köln und Graz 1965.
- Busch, F. B.*: Doktrin und Praxis über die Gültigkeit der Verträge zugunsten Dritter, Heidelberg 1860.

- von Caemmerer, E.: Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Rabel, Bd. 1, Tübingen 1953, S. 333 ff.
- Bereicherungsausgleich bei Verpfändung fremder Sachen, Festschrift für Lewald, Basel 1953, S. 443 ff.
 - Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb, Festschrift für Boehmer, Bonn 1954, S. 145 ff.
 - Bereicherungsansprüche und Drittbeziehungen, JZ 62, 385 ff.
 - Übereignung durch Anweisung zur Übergabe, JZ 63, 586 ff.
 - Irrtümliche Zahlung fremder Schulden, Festschrift für Hans Dölle, Bd. 1, Tübingen 1963, S. 135 ff.
- Canaris, C.-W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964.
- Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.
 - Einwendungsausschluß und Bereicherungsausgleich im Girovertragsrecht, BB 1972, 774 ff.
 - Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24. 2. 1972 (NJW 72, 864), NJW 72, 1196.
 - Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, Festschrift für Larenz, München 1973, S. 799 ff.
- Constam, H.: Die rechtliche Stellung der Gläubiger des Versicherten im Lebensversicherungsvertrage zugunsten Dritter, Diss. Zürich 1909.
- von Craushaar, G.: Der Einfluß des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, München 1969.
- Damrau, J.: Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, JurA 1970, 716 ff.
- Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen, 5. unveränderte Aufl., Berlin 1896.
- Derleder, P.: Teilzession und Schuldnerrechte, AcP 169 (1969), 97 ff.
- Diesselhorst, M.: Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, Tübingen 1968.
- Doris, Ph.: Die rechtsgeschäftliche Ermächtigung bei Vornahme von Verfügungs-, Verpflichtungs- und Erwerbsgeschäften, München 1974.
- Dorow, G.: Letztwillige Zuwendungen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden (§ 2301 und § 331 BGB), Diss. Marburg 1939.
- Ehmann, H.: Über den Begriff des rechtlichen Grundes im Sinne des § 812 BGB, NJW 69, 398 ff.
- Ist die Erfüllung Realvertrag?, NJW 69, 1833 ff.
- Ehrenberg, Victor: Wichtige Probleme des Lebensversicherungsrechts, JhJ 41 (1900), 341 ff.
- Elster, L.: Gutachten über die Frage: Soll das Recht auf die Lebensversicherungssumme zum Nachlasse des Versicherten gehören?, Verhandlungen des 16. DJT, Bd. 1, Berlin 1882, S. 200 ff.
- Enneccerus, L./Lehmann, Heinrich: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb., Tübingen 1958.
- Enneccerus, L./Nipperdey, H. C.: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbbd., Tübingen 1959; 2. Halbbd., Tübingen 1960.
- Erman: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von H. P. Westermann, 6. Aufl., Münster 1975 (mit Nachtragsheft 1977).
- Esser, J.: Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960; 4. Aufl., Bd. 1 Allgemeiner Teil, Karlsruhe 1970, Bd. 2 Besonderer Teil, Karlsruhe 1971.
- Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, Festschrift für Fritz v. Hippel, Tübingen 1967, S. 95 ff.
 - Das Verhältnis von Kaufvertrag und Darlehnsvertrag beim B-Geschäft des finanzierten Teilzahlungsgeschäfts, Tübinger Festschrift für E. Kern, Tübingen 1968, S. 87 ff.
- Esser, J./Schmidt, Eike: Schuldrecht, Bd. 1 Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 5. Aufl., Heidelberg und Karlsruhe 1976.
- Esser, J./Weyers, H.-L.: Schuldrecht, Bd. 2 Besonderer Teil, Teilbd. 1, 5. Aufl., Heidelberg und Karlsruhe 1977.
- Falk, B. R./Wolf, J.: Handelsbetriebslehre, 3. Aufl., München 1975.

- Fiedler, K.*: Abschied vom Leistungsbegriff?, JR 75, 314ff.
- Fikentscher, W.*: Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin und New York 1976.
- Methoden des Rechts in rechtsvergleichender Darstellung, 5 Bd., Tübingen 1975 ff.
 - Scheinvollmacht und Vertreterbegriff, AcP 154 (1955), 1 ff.
- Finger, P.*: Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, Diss. Frankfurt a.M. 1968.
- Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall – BGHZ 46, 198, JuS 69, 309 ff.
- Flessner, A.*: Wegfall der Bereicherung, Rechtsvergleichung und Kritik, Diss. Berlin 1970.
- Flume, W.*: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Bd.: Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1975.
- Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Festschrift für Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 103 ff.
- Fricke, G.*: Das Verhältnis der Verträge nach § 331 BGB zu den Verfügungen von Todes wegen unter besonderer Berücksichtigung des Lebensversicherungsvertrages und des Depotvertrages zugunsten Dritter, Leipzig 1934.
- Frotz, G.*: Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, Frankfurt a.M. 1972.
- Gareis, C.*: Die Verträge zugunsten Dritter, Würzburg 1873.
- Gaul, H. F.*: Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahme gründe, Bielefeld 1956.
- Georgi, R.*: Verträge zugunsten Dritter, Diss. Aachen 1900.
- Gerhard, St./Hagen, O.*: Kommentar zum Deutschen Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, Berlin 1908.
- Gerhardt, W.*: Der Befreiungsanspruch, Göttingen 1966.
- Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, Göttingen 1969.
- Von Gierke, Otto Max*: Der Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter nach deutschem und ausländischem Recht, Stuttgart 1936.
- Glass, E.*: Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt, Berlin 1959.
- Glück, C. F.*: Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar für meine Zuhörer, 4. Teil, 1. Abteilung, Erlangen 1796.
- Gottschalk, J.*: Zum Wesen des Rechtserwerbs beim Vertrag zugunsten Dritter, VersR 76, 797 ff.
- Gottschalk, R.*: Die Rechtsstellung Dritter im Kondiktionsrecht, JhJ 78 (1927/28), 290 ff.
- Gräber, H. N.*: Bereicherung durch Leistung und in sonstiger Weise im § 812 BGB, Diss. Köln 1965.
- Hadding, W.*: Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter, Tübingen 1970.
- Zur Auslegung des § 335 BGB, AcP 171 (1971), 403 ff.
- Hagmann-Lauterbach, Ulrike*: Der Zusammenhang zwischen dem finalen Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht und den Erfüllungslehren, Diss. Tübingen 1976.
- Harder, M.*: Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, Berlin 1968.
- Das Valutaverhältnis beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, FamRZ 76, 418 ff.
 - Das Ende des bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriffs, JuS 79, 76 ff.
- Hartmann, B./Meikel, G.*: Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879/20. Mai 1898, 6. Aufl., Berlin 1913.
- Haymann, F.*: Zuwendung aus fremdem Vermögen, JhJ 77 (1927), 188 ff.
- Schutz des guten Glaubens leistenden Schuldners im römischen Recht, Bull. 51/52 (1948), 393 ff.
- Heck, Ph.*: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.
- Interessenjurisprudenz, Tübingen 1933.
- Hedemann, J. W.*: Der Dresdner Entwurf von 1866, Ein Schritt auf dem Wege zur deutschen Rechtseinheit, Berlin 1935.
- Heile, B.*: Die Anweisung im Konkurs des Anweisenden, Göttingen 1976.

- Heilmann, H.*: Zur Lehre vom ursprünglichen Rechtserwerb bei den Verträgen zugunsten Dritter, ZHR 113 (1950), 87 ff.
- Zur Lehre vom Verträge zugunsten Dritter, ZHR 114 (1951), 15 ff.
 - Der Anspruch auf die Lebensversicherungssumme als Bestandteil der Konkursmasse, KTS 66, 79 ff.
 - Der Vertrag zugunsten Dritter im Insolvenzrecht, KTS 72, 14 ff.
 - Die Begünstigung in der Kapitallebensversicherung, VersR 72, 997 ff.
- Hellwig, K.*: Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.
- Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.
 - Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts, 1. und 2. Bd.; 3. Bd. 1. Abteilung, Leipzig 1903–1909.
 - Gläubigernot. Sicherungsübereignungen und andere Schiebungen, RuW 1912, 84 ff.
- Hengebold, H. F.*: Die Lebensversicherung zugunsten Dritter nach bürgerlichem Recht, Diss. Leipzig 1903.
- Heyer, C. (Hrsg.)*: Abhandlungen aus verschiedenen Theilen der Rechtswissenschaft, Gießen 1841.
- Hinz, M.*: Bankverträge zugunsten Dritter auf den Todesfall – BGHZ 41, 95, JuS 65, 299 ff.
- Höhn, R.*: Allgemeines Schuldrecht, Berlin 1934.
- Hoffmann, K.-H.*: Der Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen, AcP 158 (1959/60), 178 ff.
- Holtkamp, H.-G.*: Eigentumserwerb und bereicherungsrechtliche Rückabwicklung beim Streckengeschäft, Diss. Heidelberg 1979.
- Hülsmann, G.*: Leistungskondition und Eingriffskondition in Dreiecksverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung des § 951 BGB, Diss. Köln 1966.
- Hupka, J.*: Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, Leipzig 1903.
- Husserl, G.*: Recht und Zeit, Frankfurt a.M. 1955.
- Jaeger, E.*: Die Gläubigeranfechtung, 2. Aufl., Berlin 1938.
- Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, 2. Aufl., Berlin 1904; Bd. 1, §§ 1–70 KO: 8. Aufl., Berlin 1958; 9. Aufl., 1. Lieferung: §§ 1–9 KO, Berlin 1977.
 - Die Pfändbarkeit von Vergütungsansprüchen, ZZP 60 (1936/37), 74 ff.
- Jakobs, H. H.*: Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn 1964.
- Joerges, Ch.*: Fallanalyse des „Bierkutscherfalles“ – RGZ 98, 64, JuS 75, 514 ff.
- Bereicherungsrecht als Wirtschaftsrecht, Eine Untersuchung zur Entwicklung von Leistungs- und Eingriffskondition, AG 1976, 281 ff.
- Josef, E.*: Die Anfechtung der Zuwendung bei der Lebensversicherung durch den Konkursverwalter, JhJ 66 (1916), 30 ff.
- Jung, E.*: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des „rechtlichen Grundes“, Leipzig 1902.
- Kaehler, Ch.-M.*: Bereicherungsrecht und Vindikation. Allgemeine Prinzipien der Restitution dargestellt am deutschen und englischen Recht, Bielefeld 1972.
- Karlowa, O.*: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen, Berlin 1877.
- Kaser, M.*: Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl., München 1971.
- Zur Frage einer *condictio* aus gutgläubigem Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht, Festschrift für Felgentraeger, Göttingen 1969, S. 277 ff.
- Kaufmann, Arthur*: Analogie und Natur der Sache, Karlsruhe 1965.
- Kellmann, Ch.*: Grundsätze der Gewinnhaftung, Berlin 1969.
- Kessler, F.*: Die soziale Funktion des Vertrags zugunsten Dritter im nordamerikanischen Recht, Festschrift für Wahl, Heidelberg 1973, S. 81 ff.
- Kiefer, F.*: Gehaltsverfügungen zum Nachteil der Gläubiger, Leipzig 1913.
- Kipp, Th./Coing, H.*: Erbrecht, 12. Aufl., Tübingen 1965.
- Kluckhohn, W.*: Die Verfügung zugunsten Dritter, München 1914.

- Köhl, Ursula*: Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, Berlin 1971.
- Köndgen, J.*: Wandlungen im Bereicherungsrecht, Festgabe für Esser, Kronberg/Ts. 1975, S. 55ff.
- König, D.*: Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragsleistung nach französischem Recht, Berlin 1967.
- Kötter, H. W.*: Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion, AcP 153 (1954), 193ff.
- Koppensteiner, H.-G.*: Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes (II), NJW 71, 1769ff.
- Koppensteiner, H.-G./Kramer, E. A.*: Ungerechtfertigte Bereicherung, Berlin und New York 1975.
- Kramer, E. A.*: Grundfragen der vertraglichen Einigung, München und Salzburg 1972.
- Krawielicki, R.*: Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, Breslau 1936 (Neudruck: Aalen 1964).
- Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, JhJ 81 (1931), 257ff.
- Kreß, H.*: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München 1929.
- Lehrbuch des besonderen Schuldrechts, München und Berlin 1934.
- Kretschmar, P.*: Die Erfüllung, 1. Teil: Historische und dogmatische Grundlagen, Leipzig 1906.
- Beiträge zur Erfüllungslehre I, JhJ 85 (1935), 184ff.
 - Beiträge zur Erfüllungslehre II, JhJ 86 (1936/37), 145ff.
- Kühlmorgen, K. W.*: Die Lebensversicherungsverträge zugunsten Dritter, Leipzig 1927.
- Küry jun., E.*: Lebensversicherung und Vertrag zugunsten Dritter, Basel 1932.
- Kunisch, H.-A.*: Die Voraussetzungen für Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen, „Rückgriffskondiktion“ und „Kondiktion gegen Drittempfänger“, Berlin 1968.
- Kupisch, B.*: Gesetzespositivismus im Bereicherungsrecht, Zur Leistungskondiktion im Drei-Personen-Verhältnis, Berlin 1978.
- Der angebliche Durchgangserwerb des Celsus, SZ (Rom.) 93 (1976), 60ff.
 - Durchgangserwerb oder Direkterwerb, Eine verfehlt Fragestellung zu einem überlebten Begriff, JZ 76, 417ff.
 - Bankanweisung und Bereicherungsausgleich – zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 20. VI. 1977 –, WM Sonderbeilage Nr. 3/1979, S. 1ff.
- Lange, Heinrich*: Die Auswirkung von Leistungsstörungen beim echten Verträge zugunsten Dritter im Rechtsbereich des Dritten, NJW 65, 657ff.
- Lange, Heinrich/Kuchinke, K.*: Lehrbuch des Erbrechts, 2. Aufl., München 1978.
- Larenz, K.*: Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts – Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung, Frankfurt a. M. und Berlin 1966 (Nachdruck der Erstausgabe von 1930).
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1979.
 - Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., München 1977.
 - Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil: 11. Aufl., München 1976; Bd. 2 Besonderer Teil: 9. Aufl., München 1968; 10. Aufl., München 1972; 11. Aufl., München 1977.
 - Über die Bindungswirkung von Präjudizien, Festschrift für Schima, Wien 1969, S. 247ff.
 - Das Zurückbehaltungsrecht im dreiseitigen Rechtsverhältnis. Zur Rechtslage des Käufers beim „finanzierten Ratenkauf“, Festschrift für Michaelis, Göttingen 1972, S. 193ff.
 - Zur Struktur „subjektiver Rechte“, Festschrift für Sontis, München 1977, S. 129ff.
- Lehmann, Heinrich*: Berücksichtigung der für den Erwerb einer fremden Sache gemachten Aufwendungen bei der Bereicherungshaftung, Festschrift für H. C. Nipperdey zum 60. Geburtstag, München und Berlin 1955, S. 31ff.
- Leipold, D.*: Grundzüge des Erbrechts, Tübingen 1974.
- Lempenau, G.*: Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei Übertragung künftiger Rechte, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968.

- Lenel, O.*: Stellvertretung und Vollmacht, JhJ 36 (1896), 1ff.
- Lent, F.*: Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse, Leipzig 1907.
- Lent, F./Schwab, K. H.*: Sachenrecht, 16. Aufl., München 1977.
- Leonhard, F.*: Allgemeines Schuldrecht des BGB, Das Schuldrecht des BGB, Bd. 1, München und Leipzig 1929.
- Besonderes Schuldrecht, Das Schuldrecht des BGB, Bd. 2, München und Leipzig 1931.
- Leser, H. G.*: Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma. Ein Beitrag zur Lehre vom Wegfall der Bereicherung, Diss. Freiburg 1956.
- Der Rücktritt vom Vertrag, Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnis bei Leistungsstörungen, Tübingen 1975.
- Lieb, M.*: Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfortbildung im Familienrecht, Tübingen 1970.
- Nutzungsmöglichkeiten als Gegenstand von Bereicherungsansprüchen, NJW 71, 1289ff.
- Liebisch, A.*: Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht, Leipzig 1927.
- Löwisch, M.*: Das Schuldverhältnis, München 1975.
- Lopau, E. A.*: Gutgläubensschutz und Bereicherungsausgleich bei Zuwendungen durch einen Putativschuldner auf Veranlassung eines Dritten – BGH NJW 1974, 1132, JuS 75, 773ff.
- Lorenz, W.*: Das „Wahlrecht“ des Putativschuldners bei irrtümlicher Zahlung fremder Schulden, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Festschrift zum 50jährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, Heidelberg 1967, S. 267ff.
- Gläubiger, Schuldner, Dritte und Bereicherungsausgleich, AcP 168 (1968), 286ff.
- Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen, JuS 68, 441ff.
- Zur Frage des bereicherungsrechtlichen „Durchgriffs“ in Fällen des Doppelmangels, JZ 68, 51ff.
- Ludewig, W.*: Die Ermächtigung nach Bürgerlichem Recht, Marburg 1922.
- von Lübtow, U.*: Beiträge zur Lehre von der *Condictio* nach römischem und geltendem Recht, Berlin 1952.
- Die Entwicklung des Darlehnsbegriffs im römischen und im geltenden Recht, Berlin 1965.
- Erbrecht, 1. und 2. Halbbd., Berlin 1971.
- Die rechtliche Vereinigung des Nachlasses mit dem Privatvermögen des Erben (*Confusio Bonorum*), Festschrift für Fragistas, Bd. 1. Thessaloniki 1966, S. 251ff.
- Lüderitz, A.*: Auslegung von Rechtsgeschäften, Karlsruhe 1966.
- Mantzoufas, G.*: Dreipersonliche Schuldverhältnisse, Wien 1974.
- Maunz, Th./Dürig, G./Herzog, R./Scholz, R.*: Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl., München 1978f.
- Maurach, R./Zipf, H.*: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, 5. Aufl., Heidelberg und Karlsruhe 1977.
- von Mayr, R.*: Der Bereicherungsanspruch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1903.
- Medicus, D.*: Bürgerliches Recht, 8. Aufl., Köln–Berlin–Bonn–München 1978.
- Besprechung von: Karl Larenz, Festschrift zu seinem 70. Geburtstag, München 1973, NJW 74, 538ff.
- Mellullis, K.-J.*: Das Verhältnis von Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung, Diss. Hamburg 1972.
- Mentzel, F./Kuhn, G.*: Konkursordnung, 8. Aufl., München 1976.
- Meyer, Herbert*: Das Akzept. Die Annahme des Wechsels und der Anweisung, Berlin 1918.
- Meyer, Udo*: Der Bereicherungsausgleich in Dreiecksverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung der Anweisungsfälle, Berlin 1979.
- Meyer-Cording, U.*: Das Recht der Banküberweisung unter besonderer Berücksichtigung der steckengebliebenen Überweisungen, Tübingen 1951.

- Möschel, W.: Fehlerhafte Banküberweisung und Bereicherungsausgleich, JuS 72, 297 ff.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 5 Bd., 2. unveränderte Aufl., Berlin 1896.
- Mühl, O.: Zur Frage des Durchgriffs beim Doppelmangel im Bereicherungsrecht, NJW 68, 1868 f.
- Müller, Ulrich: Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter, Stuttgart–Berlin–Köln–Mainz 1969.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München seit 1978.
- Mugdan, B.: Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
- Nebenzahl, E.: Das Erfordernis der unmittelbaren Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Berlin 1930.
- Neef, K.: Die Abwicklung der Bereicherungskette, Zugleich ein Beitrag zur Saldotheorie, Diss. Köln 1972.
- Nelken, L.: Die Unmittelbarkeit bei Bereicherungsansprüchen, Diss. Breslau 1934.
- Niederländer, H.: Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht, Weimar 1953.
- Oellers, F.: Inanspruchnahme von Versicherungsansprüchen durch Gläubiger, JW 37, 2937 ff.
- Oertmann, P.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., 1. Abteilung §§ 141–432, Berlin 1928; 2. Abteilung §§ 433–853, Berlin 1929.
- Die Zahlung fremder Schulden, AcP 82 (1894), 367 ff.
 - Zur Frage der Anfechtbarkeit des Fünfzehnhundert-Mark-Vertrages, RuW 1914, 235 ff.
 - Bereicherungsansprüche bei nichtigen Geschäften, DJZ 1915, 1063 ff.
 - Mittelbare Zuwendungen, AcP 138 (1934), 56 ff.
 - Mängel des Rechtsgrundes beim Verträge auf Leistung an Dritte, DGWR 1937, 105 ff.
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 38. Aufl., München 1979.
- Papanikolaou, P. A.: Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter, Berlin 1977.
- Pawlowski, H.-M.: Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Göttingen 1966.
- Pech, M.: Die Lohnschiebungsverträge nach dem neuen Zwangsvollstreckungsrecht, Leipzig 1936.
- Peters, F.: Zu den bereicherungsrechtlichen Folgen eines mangelhaften Vertrages zu Rechten Dritter, AcP 173 (1973), 71 ff.
- Pfister, B.: Zum Bereicherungsanspruch im Dreiecksverhältnis bei Fehlen einer Anweisung, JR 69, 47 ff.
- Der mehrseitige Austauschvertrag, JZ 71, 284 ff.
- Picker, E.: Gutgläubiger Erwerb und Bereicherungsausgleich bei Leistungen im Dreipersonenverhältnis, NJW 74, 1790 ff.
- Pinger, W.: Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, München 1973.
- Wertersatz im Bereicherungsrecht, MDR 72, 101 ff., 187 ff.
 - Was leistet der Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht?, AcP 179 (1979), 301 ff.
- Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz; 2. Bd. 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), 4. Aufl., Berlin 1914; 2. Bd. 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil), 4. Aufl., Berlin 1928.
- Plumbohm, K.: Die rechtliche Stellung der Erben und Angehörigen bei der Lebens- und bei der Unfallversicherung, JW 38, 349 ff.
- Prölss/Martin: Versicherungsvertragsgesetz mit Erläuterungen zu den wichtigeren Versicherungsbedingungen, begründet von E. R. Prölss, fortgeführt von A. Martin und J. Prölss, 21. Aufl., München 1977.
- Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. I. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse Abschn. I, Abschn. II Tit. I, Berlin 1897.

- Putzo, E.-L.*: Erfüllung mit Buchgeld und die Haftung der Beteiligten wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Die Rückabwicklung irrtümlicher oder sonst fehlerhafter Bankgutschriften, Berlin und New York 1977.
- Reeb, H.*: Grundprobleme des Bereicherungsrechts, München 1975.
- Reichel, H.*: Die Schuldmitübernahme, München 1909.
- Reichsgerichtsrätekommentar*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von den Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl., Berlin 1959 ff.; 12. Aufl. seit 1974.
- Reichsgerichtsrätekommentar*, Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, früher hrsg. von Mitgliedern des Reichsgerichts, 3. Aufl., Berlin und New York seit 1967.
- Reinicke, G. und D.*: Lebensversicherung und Nachlaßgläubiger, NJW 56, 1053 ff.
- Riehl, K.*: Die Anweisung, München 1908.
- Rother, W.*: Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft, AcP 169 (1969), 1 ff.
- Rothoef, D.*: Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich, AcP 163 (1963), 215 ff.
- Rückbeil, W.*: Die Stellung des Begünstigten bei der Lebensversicherung zugunsten Dritter, Diss. Marburg 1933.
- Rümelin, M.*: Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung, Tübingen 1929.
- Ruppert, P.*: Die Rechtsstellung des Dritten bei Leistungsstörungen im Bereich des § 328 des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Würzburg 1965.
- von Salpius, B.*: Novation und Delegation nach römischem Recht, Berlin 1864.
- Sandrock, O.*: Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, Köln-Opladen 1966.
- von Savigny, F. C.*: System des heutigen römischen Rechts, 8 Bd., Berlin 1840 ff.
- Scheyhing, R.*: Leistungskondition und Bereicherung „in sonstiger Weise“, AcP 157 (1958/59), 371 ff.
- Schlegelberger*: Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., München 1973 ff.
- Schmidt, Eike*: Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter, JZ 71, 601 ff.
– Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24. 2. 1972, NJW 72, 404 ff.
- Schmidt, Jürgen*: Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, Ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts, Köln-Berlin-Bonn-München 1969.
- Schoele, W. O.*: Das Recht der Überweisung, Berlin 1937.
– Die Folgen einer irrtümlichen Auftragserteilung im Zahlungs- und Überweisungsverkehr, BankA 37/38, 521 ff.
- Schönke, A./Baur, F.*: Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 10. Aufl., Heidelberg und Karlsruhe 1978.
- Schönke, A./Schröder, H.*: Strafgesetzbuch, 18. Aufl., München 1976.
- Schütz, W.*: Widerruf bei Zahlungen und Überweisungen, AcP 160 (1961), 17 ff.
– Der Verwendungszweck bei Überweisungen, WM 63, 634 f.
- Schwark, E.*: Bereicherungsansprüche bei Banküberweisungen, WM 70, 1334 ff.
- Schwarz, F.*: Die Grundlage der *condictio* im klassischen römischen Recht, Köln und Münster 1952.
- Schwister*: Die Schiebung unter Ehegatten, JW 31, 2548 ff.
- Serick, R.*: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, 5 Bd., Heidelberg 1963 ff.
- Siber, H.*: Schuldrecht, Leipzig 1931.
- Sieg, K.*: Kritische Betrachtungen zum Recht der Zwangsvollstreckung in Lebensversicherungsforderungen, Festschrift für Klingmüller, Karlsruhe 1974, S. 447 ff.
- Sinn, H.*: Zum Rückgriff bei ungewollter Zahlung fremder Schulden (§ 267 BGB), NJW 68, 1857 ff.
- Soergel/Siebert*: Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Stuttgart 1967 ff.; 11. Aufl. seit 1978.
- Spielbüchler, K.*: Der Dritte im Schuldverhältnis, Wien und New York 1973.
- Stampe, E.*: Aus einem Freirechtslehrbuch, AcP 107 (1911), 274 ff.
- Stathopoulos, M.*: Bereicherungsherausgabe oder Rückabwicklung im Bereicherungsrecht, Festschrift für Sontis, München 1977, S. 203 ff.

- Staudinger, J. von*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., Berlin 1957ff.; 12. Aufl. seit 1978.
- Stein, F.*: Der 1500 Mark-Vertrag, ZZZ 44 (1914), 425 ff.
- Stein/Jonas*: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, bearb. seit 1953 von R. Pohle; seit 1967 fortgeführt von W. Grunsky, D. Leipold, W. Münzberg, P. Schlosser, E. Schumann; 19. Aufl., Tübingen 1972 ff.; 20. Aufl., Tübingen seit 1976.
- Stöber, K.*: Forderungspfändung, 4. Aufl., Bielefeld 1975.
- Strippelmann, F. G. L.*: Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Ober-Appe-lationsgerichts zu Cassel, V. Theil, 1. Abtheilung, Cassel 1848.
- Stübler, G.*: Die Lebensversicherung zugunsten Dritter, Tübinger Diss., Stuttgart 1906.
- Thomä, V.*: Tilgung fremder Schuld durch irrtümliche Eigenleistung?, JZ 62, 623 ff.
- Thomas, H./Putzo, H.*: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einfüh-rungsgesetzen, 10. Aufl., München 1978.
- von Tuhr, A.*: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 3 Bd., München und Leipzig 1910 ff. (unveränderter Nachdruck: Berlin 1957).
- Zur Lehre von der Anweisung, JhJ 48 (1904), 1 ff.
 - Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Festschrift für E. J. Bekker, Weimar 1907, S. 291 ff.
- Ulmer, E.*: Das Recht der Wertpapiere, Stuttgart und Berlin 1938.
- Akkreditiv und Anweisung, AcP 126 (1926), 129 ff.
- Unger, J.*: Die Verträge zu Gunsten Dritter, JhJ 10 (1871), 1 ff.
- Wacke, A.*: Vorzüge und Nachteile des deutschen Bereicherungsrechts, in: Beiträge zum deutschen und israelischen Privatrecht, Köln 1977, S. 131 ff.
- Wadle, E.*: Die Übergabe auf Geheiß und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobiliareigen-tums, JZ 74, 689 ff.
- Warneyer, O.*: Anfechtungsgesetz, 2. Aufl., Berlin 1931.
- Wassermann, R.* (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neuwied/Darmstadt 1979 f.
- Weintraud, G.*: Die Saldotheorie, Ein Beitrag zur Lehre vom Gegenstand des Bereiche-rungsanspruchs, Breslau 1931.
- Weise, A.*: Der Vertrag zu Rechten Dritter und die Schenkung von Todes wegen, Diss. Frankfurt a.M., o. J. (1916).
- Weitnauer, H.*: Die bewußte und zweckgerichtete Vernehmung fremden Vermögens, NJW 74, 1729 ff.
- Die Leistung, Festschrift für von Caemmerer, Tübingen 1978, S. 255 ff.
 - Zum Stand von Rechtsprechung und Lehre zur Leistungskondition, NJW 1979, 2008 ff.
- Welker, G.*: Bereicherungsausgleich bei Zweckverfehlung?, Kritisches zu § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Leistungskondition, Berlin 1974.
- Wellspacher, M.*: Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht, Wien 1906.
- Wendt, O.*: Das allgemeine Anweisungsrecht, Jena 1895.
- Wesenberg, G.*: Verträge zugunsten Dritter, Weimar 1949.
- Wessely, W.*: Die Unabhängigkeit der Akkreditivverpflichtung von Deckungsbeziehung und Kaufvertrag, München 1975.
- Westermann, H.*: Sachenrecht, 5. Aufl., Karlsruhe 1966 (unveränderter Nachdruck: Karlsruhe 1973).
- Westermann, H. P.*: Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht, Berlin 1967.
- Doppelmangel bei Bereicherungskette und Dreiecksverhältnis - BGHZ 48, 70, JuS 68, 17 ff.
 - Bereicherungshaftung des Erwerbers gestohlener Sachen: Zur „Subsidiarität“ der Eingriffs-kondition - BGHZ 55, 176, JuS 72, 18 ff.
- Wetzel, Ruth*: Die bereicherungsrechtlichen Folgen eines mangelhaften Vertrages zu Rechten Dritter, Diss. Tübingen 1975.

- Wieacker, F.: Die juristische Sekunde, Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz, Festschrift für Erik Wolf, Frankfurt a. M. 1962, S. 421 ff.
- Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, München und Berlin 1965, Bd. 1, S. 783 ff.
- Wieland, C.: Die Ermächtigung zum Leistungsempfang, AcP 95 (1904), 161 ff.
- Wieling, H. J.: Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichem Rücktritt, JuS 73, 397 ff.
- Empfängerhorizont: Auslegung der Zweckbestimmung und Eigentumserwerb, JZ 77, 291 ff.
- Wienandts, Ines: Die Verwertung der Lebensversicherung im Konkurs des Ehemanns, ZVW 1935, 38 ff.
- Wilburg, W.: Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Graz 1934.
- Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1963), 346 ff.
- Wilhelm, J.: Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, Bonn 1973.
- Das Merkmal „auf Kosten“ als notwendiges Kriterium der Leistungskondiktion, JuS 73, 1 ff.
 - Die Zurechnung der Leistung bei Widerruf einer Anweisung, insbesondere eines Schecks, AcP 175 (1975), 304 ff.
- Windscheid, B.: Lehrbuch des Pandektenrechts, 3 Bd., 5. Aufl., Stuttgart 1879; 9. Aufl. (bearb. von Th. Kipp), Frankfurt a. M. 1906.
- Die indirekte Vermögensleistung, Festschrift für Otto Müller, Leipzig 1892, S. 3 ff.
- Wolf, Manfred: Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970.
- Wolff, Hans Julius: Julian und die celsinische „Durchgangstheorie“, Mél. Ph. Meylan Vol. I, Lausanne 1963, S. 409 ff.
- Wolff, Karl: Die Belastungsübernahme mit besonderer Berücksichtigung des österreichischen Rechts, Wien 1915.
- Wolff, Martin/Raiser, L.: Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957.
- Wolff, Victor: Zur Lehre von der Anweisung, JhJ 84 (1934), 107 ff.
- Wussow, H.: Schenkungsanfechtung in der Lebensversicherung, NJW 64, 1259 ff.
- Zehner, G.: Versicherungssumme und Nachlassinteressenten, AcP 153 (1954), 424 ff.
- Zeiss, W.: Leistung, Zuwendungszweck und Erfüllung, JZ 63, 7 ff.
- Leistungsverhältnis und Insolvenzrisiko bei irrtümlicher Tilgung fremder Schulden, AcP 165 (1965), 332 ff.
- Zimmermann, E.: Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio, Straßburg 1876.
- Zöller, R.: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Aufl., München 1974 (mit Beilage und Nachtrag 1975).
- Zweigert, K./Kötz, H.: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, 2 Bd., Tübingen 1969.

Sachverzeichnis

Die Zahlen verweisen auf Seiten des Buches, *kursive* Seitenzahlen auf die Hauptfundstellen.

- abgekürzte Leistung 257
- „Abkürzungsvertrag“ (§ 328 BGB) 269, 288ff.
- Abstraktionsprinzip 48f.
- Abwicklung, nicht-gegenseitige 44ff.
 - s. auch Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse
- Akzept siehe Anweisung, angenommene
- Analogie
 - zu § 118 BGB 176f.
 - zu §§ 164ff. BGB 26f.
 - zu §§ 170ff. BGB 131ff., 185f.
 - zu §§ 177, 178 BGB 147ff.
 - zu § 179 BGB 149ff.
 - zu § 816 I 2 BGB 85f.
 - zu § 822 BGB 39, 85f.
 - zur Anscheinsvollmacht 141
 - zur Duldungsvollmacht 140
 - zur Leistungskette 61, 213f.
- Anfechtung des Überweisungsauftrags 183ff.
 - s. auch Gläubigeranfechtung
- Anweisung 17ff.
 - angenommene 220ff., 283f.
 - Arten 32ff.
 - Begriff 17ff.
 - Theorien 229ff. (Kondiktion), 17ff. (Rechtsnatur)
 - als Aufforderung zur Leistung 22f.
 - als causa 112ff.
 - als Ermächtigung 17ff.
 - als Geschäftsgrundlage 112ff.
 - als Interessenverzicht 116f.
 - als Rechtsgeschäft 21f.
 - des beschränkt Geschäftsfähigen 142f.
 - des Geschäftsunfähigen 141f.
 - im Konkurs 144ff., 182f.
- Anweisungsurkunde 139
- Abhandenkommen 143
- Asphalt-Fall 175
- Auslegung
 - der empfangsbedürftigen Willenserklärung 163ff.
 - des Leistungsgeschäfts 51ff., 159ff.
 - des § 328 BGB 249ff.
 - Auslegungsregeln 100
- Begünstigung des Dritten (§ 328 BGB) als Zuwendung 266ff.
- Bereicherung
 - des Anweisenden 81f.
 - aufgedrängte 137
- Bereicherungsanspruch siehe Kondiktion
- Bereicherungseinrede gegen die Akzeptforderung 228f.
- Bereicherungskette siehe Leistungskette
- Bereicherungslehre
 - ältere 57f.
 - moderne 58ff.
- Bierkutscher-Fall 155ff., 162, 175
- causa siehe Anweisung als causa, Tilgungsbestimmung, Zweckbestimmung
- culpa in contrahendo 152
- Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis 1ff.
- dingliche Rechtsfolgen der Anweisungsleistung 189ff.
- Doppelkondiktion siehe Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse
 - s. auch Durchgriffskondiktion
- Doppelmangel (der Kausalverhältnisse) 44ff., 79ff., 294f.
 - Inhalt der Kondiktion des Angewiesenen 87ff.
- Drittleistung nach § 267 BGB 122f., 171
- Duldungsvollmacht 140
- Durchgangserwerb 17
 - römisches Recht 62f.
 - geltendes Recht 63ff.
 - des Anweisenden 69ff.
 - s. auch Durchgangstheorie
- Durchgangstheorie 25ff., 62ff., 95ff., 216ff., 227f.
- Durchgriff, subsidiärer 299f.

- Durchgriffskondiktion 81 ff., 184 f., 270
 – s. auch Vertrauenshaftung
- Einheitlichkeit des Bereicherungsvorgangs
 siehe Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung
- Einwendungen des Anweisenden aus dem
 Valutaverhältnis 90, 96
 – s. auch Bereicherungseinrede, Saldotheorie
- Elektrogeräte-Fall 155 ff., 175
- Empfängerhorizont 165 ff.
- Erfüllung
 – durch Anweisungsleistung 191 f.
 – beim berechtigenden Vertrag zugunsten
 Dritter 266, 268 f.
 – Erfüllungstheorien 8
 – s. auch Silmultantilgung
- Ermächtigung 17 ff.
- Fälschung der Anweisung 143
- Fehler siehe Mangel, Mängelgewährleistung
- Fiktion (stheorie) 28, 57, 70 f.
- 1500 Mark-Vertrag siehe Lohnschiebungs-
 vertrag
- Geheißerwerb 74 f., 172
- Genehmigung der mangelhaften Anweisung
 148
- Geschäftsfähigkeit siehe Anweisung, Giro-
 überweisung des beschränkt Geschäftsfä-
 higen, des Geschäftsunfähigen
- Geschäftsgrundlage siehe Anweisung als Ge-
 schäftsgrundlage
- Giroüberweisung 33 f., 177 ff., 220
 – des Geschäftsunfähigen 187 f.
- Gläubigeranfechtung
 – bei der Anweisung 203 ff.
 – beim berechtigenden Vertrag zugunsten
 Dritter 267 f., 304 ff.
 – bei atypischen mittelbaren Zuwendungen
 317 ff.
- Grundstück als Gegenstand der Anweisungs-
 leistung 174 f.
- gutgläubiger Erwerb 172 f.
- Handeln „für eigene Rechnung“ 99 f.
- Handeln „für fremde Rechnung“ 24 ff.
- Hemden-Fall 155 ff., 162
- Horizont des Leistenden 173 f.
- Insolvenzzrisiko siehe Interessen der Parteien
- Idealheim-Fall 155 f., 162, 175
- institutionelles Argument 109 f.
- intercessio tacita 309 ff.
- Interessen
 – der Parteien 41 ff., 83 f.
 – des Konditionsgläubigers 41 ff.
 – des Konditionsschuldners 44
- Irrtumsfälle 154 ff.
- „juristische Sekunde“ 64 f.
- Kondiktion
 – der Akzeptforderung 221 f.
 – der Anweisungsleistung 35 ff., 56 ff.
 – der Gutschriftforderung 178 ff.
 – beim einfachen Vertrag zugunsten Dritter
 244 f.
 – der Forderung des Dritten (§ 328 BGB)
 266 f.
 – der Leistung an den Dritten (§ 328 BGB)
 269 ff.
- Kondiktion der Kondiktion 87 ff.
- Kondiktion innerhalb der Kausalverhältnisse
 81 ff., 178 ff., 286 ff.
- Konkurs
 – Anweisung im Konkurs des Anweisenden
 144 ff.
 – Giroüberweisung im Konkurs des Auf-
 traggebers 182 f.
- Konkursanfechtung siehe Gläubigeranfeh-
 tung
- Lebensversicherung zugunsten Dritter 306 ff.
- Leistung
 – tatsächliche 31 f.
 – im Rechtssinn 31 f.
 – mittelbare 3 f., 29 ff., 70, 317 f.
- Leistungsbegriff
 – des Bereicherungsrechts 3 ff., 35 ff., 280 f.
 – der Erfüllungslehre 6 ff.
 – Verhältnis zur Gläubigeranfechtung 10 f.,
 36 f.
- Leistungskette 17, 27 f., 77 f., 90, 189 ff., 290
- Leistungskondiktion, Grundlagen 35 ff., 49
 – s. auch Kondiktion
- Leistungsverhältnis 15 f.
- „logische Sekunde“ siehe „juristische Se-
 kunde“
- Lohnschiebungsvertrag 305 ff.
- Mangel
 – der Anweisung 101
 – des Deckungsverhältnisses 105 f. (Anwei-
 sung), 271 ff. (berechtigender Vertrag zu-
 gunsten Dritter)

- des Valutaverhältnisses 38f. (Anweisung), 269 (berechtigender Vertrag zugunsten Dritter)
- des Vollzugsverhältnisses 300f. (berechtigender Vertrag zugunsten Dritter)
- des Zuwendungsgeschäfts 99
- Mangelfolgeschaden 203
- Mängelgewährleistung 196ff.
- mittelbare Leistung siehe Leistung, mittelbare
- mittelbare Mängel des Überweisungsauftrages 181f.
- mittelbare Täterschaft 214
- Nachteilsausgleich 277f.
- Parteiautonomie 50f., 261f.
- Privatautonomie siehe Parteiautonomie
- Rechtserwerb des Dritten nach § 328 BGB 249ff.
- Rechtsgrund (der Leistung) siehe Tilgungsbestimmung, Zweckbestimmung
- Rechtskrafterstreckung 263
- Rechtsscheinhaftung 131ff., 158
- Relativität des Schuldverhältnisses 49f.
- Risikoübernahme, -verteilung 47, 53ff., 111f., 176f.
- Rückabwicklung 192f.
- nach §§ 346ff. BGB 86, 267
- s. auch Kondiktion
- Rückgriffskondiktion 110, 136f.
- Rücktritt 9
- Anweisung 193ff.
- berechtigender Vertrag zugunsten Dritter 302ff.
- Saldotheorie 41ff., 80f.
- s. auch Abwicklung, nicht-gegenseitige
- Schadensersatz wegen Nichterfüllung 9f., 195f., 201ff.
- Schenkung im Valutaverhältnis 97f., 298f.
- Scherzerklärung 176f.
- „Semilodei“-Fall 175
- Simultanleistung, -tilgung 16, 17
- Sphärentheorie 106f., 174ff.
- Streckengeschäft 2, 189
- Synallagma 43, 46
- s. auch Saldotheorie
- Tilgungsbestimmung 13ff.
- Rechtsnatur 14
- auf das Valutaverhältnis 23f.
- s. auch Zweckbestimmung
- Überschreitung der Anweisung 154
- Überweisung siehe Giroüberweisung
- Umgehungsgeschäft 311
- Unentgeltlichkeit siehe Schenkung
- ungerechtfertigte Bereicherung siehe Kondiktion
- unmittelbare Vermögens- und Wertverfolgung 121f.
- Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung 57
- Unter-Kunden-Geschäft 2
- venire contra factum proprium 90
- Veranlassungsprinzip 107ff.
- Veräußerungskette siehe Leistungskette
- Vermögensverschiebung siehe Durchgangserwerb, Geheißerwerb, Leistungskette
- Versionsklage 47f.
- „Versorgungsvertrag“ (§ 328 BGB) 269, 288ff.
- Versprechensempfänger, Rechtsstellung beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter 246ff.
- Vertrag zugunsten Dritter 241ff.
- Verhältnis zur Anweisung 241f.
- Terminologie 242ff.
- einfacher 244ff., 284
- berechtigender 246ff.
- s. auch Auslegung des § 328 BGB, Begünstigung des Dritten, Rechtserwerb des Dritten nach § 328 BGB, Versprechensempfänger
- Vertrauenshaftung 110f., 117f., 176
- Schutz durch § 818 III BGB 121, 126f.
- s. auch Rechtsscheinhaftung
- Vertretung ohne Vertretungsmacht 147ff.
- Wahlrecht
- des Angewiesenen 124ff.
- des Versprechenden 271ff.
- Wegfall der Bereicherung (§ 818 III BGB) 88ff., 121f., 126, 277f.
- Wertungen, maßgebende 40ff., 256ff.
- Widerruf
- der Anweisung 132ff.
- des Überweisungsauftrags 183ff.
- wirtschaftliche Betrachtung bei der Gläubigeranfechtung 210ff., 215

- Zahlung fremder Schulden siehe Drittleistung nach § 267 BGB
- Zessionsähnlichkeit des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter 259 f.
- Zug um Zug-Leistung 45 f.
- Zurechnung
- der Anweisungsleistung 105 ff.
 - des Vertrauenstatbestands 120 f., 176 f.
- Zuwendung 35 ff.
- s. auch Leistung
- Zuwendungskette siehe Leistungskette
- Zweckbestimmung 8, 12 ff., 36 ff.
- s. auch Tilgungsbestimmung
- Zwischenrechte 65 ff., 76

